Hilmar Fornelli

Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren des Allgemeinen Berggesetzes

Ein Beitrag zur Abgrenzung des Verwaltungs- und Zivilrechtsweges auf dem Gebiet des Bergrechts

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0034

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Über
Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1966

Meinen Eltern

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Seite

I. Teil: Einleitung und Problemstellung 1

1. Abschnitt: Der Grundsatz der Bergbaufreiheit und seine Garantie durch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG 1

2. Abschnitt: Einführung in die Problematik des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG 9

A. Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ursache für die besondere Problematik des Rechtsschutzes 9

B. Beispiele für die Probleme des Rechtsschutzes 11

I. Rechtsbehelfe des Muters 11

1. bei Zurückweisung der Mutung wegen besserer Rechte Dritter 11

2. bei Zurückweisung der Mutung auf Grund anderer gesetzlicher Hindernisse 13

II. Rechtsbehelfe Dritter 14

1. des Einsprechenden 15

2. des im Verleihungsverfahren nicht zugezogenen dritten Muters 15

III. Zusammenfassung 16

C. Die Ursache der mangelnden Koordination des Verwaltungs- und Zivilrechtsweges im Verleihungsverfahren 17

Seite

II. Teil: Die historische Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG 19

1. Abschnitt: Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des bergrechtlichen Verleihungsanspruchs bis zum Inkrafttreten des ABG 20

2. Abschnitt: Die Einführung des Rechtsschutzes für den Verleihungsanspruch durch das ABG und seine Ausgestaltung nach dessen ursprünglicher Fassung vom 24. Juni 1865 26

A. Die Übernahme des deutschrechtlichen Verleihungsanspruchs in das ABG 26

B. Der Rechtsschutz des Verleihungsanspruchs in der ursprünglichen Fassung des ABG 27

I. Unmittelbarer Rechtsschutz 28

1. Rekurs 28

2. Ausschluß des Klagerechts gegenüber der Bergbehörde 29

II. Mittelbarer Rechtsschutz 37

1. Verleihungs-, Einspruchs- und Widerspruchsklage 37

2. Begründung der Klagbarkeit des Rechts aus der Mutung gegenüber dritten Konkurrenten 39

III. Das Verhältnis des unmittelbaren zum mittelbaren Rechtsschutz 44

3. Abschnitt: Die Einführung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in das Verleihungsverfahren des ABG 45

Seite

A. Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Klage 45

B. Das Verhältnis der Verwaltungsgerichtsklage zu den ursprünglichen Rechtsbehelfen im Verleihungsverfahren 50

4. Abschnitt: Die Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren bis 1945 54

5. Abschnitt: Die neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren nach 1945 58

III. Teil: Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren des ABG nach heute geltendem Recht 64

1. Abschnitt: Der Rechtsschutz des Muters 64

A. Rechtsbehelfe des Muters, wenn konkurrierende Dritte nicht auftreten 67

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges 67
2. Klageart 71
3. Klagebefugnis 74
4. Vorverfahren 75
5. Klagefrist, Gerichtsstand 77
6. Urteil, Rechtsmittel 79

B. Rechtsbehelfe des Muters bei Behauptung besserer Rechte durch konkurrierende Dritte 80

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 81

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges 81

a) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit 81

Seite

b) Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges durch Zuweisung an die ordentlichen Gerichte? 82

aa) Fortgeltung der Zuständigkeitsregelung des § 23 ABG 82

bb) Inhalt des § 23 ABG 86

a_1) Möglichkeiten der Auslegung 86

b_1) Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen 88

c_1) Eigene Stellungnahme 97

α) Rechtsfolgen der Mutung 97

ß) Auslegung des § 23 ABG 122

c) Zusammenfassung 140

2. Verfahren 140

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz 146

1. Voraussetzungen der Verleihungsklage 146

2. Klageart 155

3. Gerichtsstand 156

4. Klagefrist 161

5. Verfahren, Urteil, Rechtsmittel 176

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg 178

C. Ergebnis 193

2. Abschnitt: Der Rechtsschutz Dritter 194

A. Rechtsbehelfe der am Verleihungsverfahren beteiligten Dritten 194

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 194

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz 198

Seite

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg 201

B. Rechtsbehelfe der am Verleihungsverfahren nicht beteiligten Dritten 202

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 202

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz 212

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg 217

C. Ergebnis 218

IV. Teil: Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren und die Bergrechtsreform 220

I. Notwendigkeit einer Reform des Rechtsschutzes 220

II. Der Isaysche Entwurf eines Bundesberggesetzes 221

III. Der Musterentwurf eines Landesberggesetzes 226

IV. Der Entwurf eines Bundesberggesetzes 230

V. Eigene Stellungnahme 232

Literaturverzeichnis

Achenbach, Heinrich — Das französische Bergrecht, ZfB 7, 507 ff.

Das französische Bergrecht und die Fortbildung desselben durch das preußische Allgemeine Berggesetz, Bonn 1869

Das gemeine deutsche Bergrecht in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte unter Berücksichtigung der Berggesetze Bayerns, Sachsens, Oesterreichs und anderer deutscher Länder, 1. Teil, Bonn 1871

Über den Irrtum in Verleihungs-Urkunden und die Bedeutung des § 35 des preußischen Allgemeinen Berggesetzes, ZfB 10, 94 ff.

Allorio, Enrico — Rechtsschutzbedürfnis? ZZP 67 (1954), 321 ff.

Arndt, Adolf — Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, 1. Aufl., Halle 1885

Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 9. Aufl., Freiburg 1924

Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 2. Aufl., Freiburg im Breisgau 1916

Badura, Peter — Das Verwaltungsmonopol Berlin 1963

Bähr, Otto — Der Rechtsstaat, Neudruck der Ausgabe 1864, Aalen 1961

Baron, J. — Das Recht aus der Mutung nach Preußischem Bergrecht, ZfB 19, 43 ff.

Bartholomeyczik, Horst	Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl., Frankfurt 1960
Baumgärtel, Gottfried	Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZZP 67 (1954), 423 ff.
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1963
Baur	Der Entwurf eines allgemeinen Berggesetzes für die preußischen Staaten, vom Standpunkte der bergbaulichen Interessen der linken Rheinseite beurteilt. ZfB 3, 447 ff.
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., München und Berlin 1963
Bax, Karl	Der deutsche Bergmann im Wandel der Geschichte, 3. Aufl., Berlin 1942
Bender, Bernd	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593 ff.
Benkard, Georg	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz, bearbeitet von Bock, Löscher, Ballhaus, 4. Aufl., München und Berlin 1963
Bergmann, Wolfgang	Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, VerwArch. 49 (1958), 333 ff.
Bernhardt, Rudolf	Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302 ff.
Bernhardt, Wolfgang	Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2. Aufl., München und Berlin 1963
Bettermann, K.A.	Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649 ff.

von Beughem zu Neuwied	Bemerkungen zu dem Entwurfe eines allgemeinen Berggesetzes, Neuwied 1863
	Das allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, Neuwied 1865
Bierling, Ernst Rudolf	Juristische Prinzipienlehre, 4. Band, Tübingen 1911
Binding, Karl	Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Leipzig 1885
Boldt, Gerhard	Das allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 ... und die bergrechtlichen Nebengesetze, 1.-3. Aufl., Münster 1948
	Der Isaysche Entwurf eines Bundesberggesetzes und das Gewerkschaftsrecht, ZfB 96, 309 ff.
	Hundert Jahre Preußisches Allgemeines Berggesetz, Glückauf 1965, 1117 ff.
	Zum Problem der Vereinheitlichung des Deutschen Bergrechts, ZfB 95, 89 ff.
	Das Recht des Bergmanns, 3. Aufl. unter Mitwirkung von Dr. B. Natzel, Tübingen 1960
	Staat und Bergbau, München und Berlin 1950
	Die Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, Glückauf 1954, 53 ff.
Brandis	Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, das bei einer bedingten Eigentumsübertragung entsteht, JW 1931, 505

Brassert, Hermann	Bergordnungen der Preußischen Lande, Sammlung der in Preußen gültigen Bergordnungen, Köln 1858
	Die Bergrechtsreform in Preußen, ZfB 3, 234 ff. (Nr. I. Historischer Überblick) und 331 ff., 342 ff. (Nr. II. und III. Grundzüge des neuesten Berggesetz=Entwurfes)
	Die Materialien des Allgemeinen Preußischen Landrechts zu dem Abschnitte von Bergwerksregal. Teil II Titel 16 §§ 69 - 480. ZfB 1, 53 ff.
Brassert-Gottschalk	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten mit Kommentar, 2. Aufl., Bonn 1914, (1. Aufl. von H. Brassert, Bonn 1888)
Brockhoff, Gustav	Betrachtungen über die Entwicklung des Bergrechts in Deutschland, ZfB 94, 83
	Der Entwurf eines Bundesberggesetzes von Prof. Dr. Rudolf Isay, ZfB 96, 221 ff.
Busse, Hellmut	Die neue Geschäftsordnung für die Oberbergämter in Bonn und Dortmund, ZfB 101, 174 ff.
Busse, Rudolf	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., Berlin 1964
Czermak, Fritz	Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1962, 776 ff.
Dapprich, Gerhard	Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Bergbehörden, Glückauf 1951, 262 f.
	Umfang der Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Bergwesen, ZfB 94, 368 ff.

Daubenspeck, H.	Bergrechtliche Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts, 1. Band (1879 - 1892) Berlin 1893, 2. Band (1892 - 1898) Berlin 1898
Dernburg, Heinrich	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Erster Band: Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, 5. Aufl., Halle 1894
Dörffler, Wolfgang	Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, 14 ff.
Dürig, Günter	Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 13 ff.
Ebel, Herbert	Die Bergausschüsse und ihr Ende im Lande Nordrhein-Westfalen, ZfB 97, 56 ff.
Ebel-Weller	Allgemeines Berggesetz (ABG) vom 24. Juni 1865 mit Erläuterungen, 2. Aufl., Berlin 1963
Eichler, Hermann	Institutionen des Sachenrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Sachenrechts, Berlin 1954
Endemann, Friedrich	"Anspruch" und "Anwartschaft" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 1. Band, Berlin und Leipzig 1926
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1960
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts von Ludwig Enneccerus, 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey, 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960
	Sachenrecht von Martin Wolff, 10. Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957

Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster /Westf. 1962
Ermisch, Hubert	Das Sächsische Bergrecht des Mittelalters, Leipzig 1887
Eskens	Erläuternde Bemerkungen zur Berggesetznovelle vom 5. Juli 1905, ZfB 46, 461 ff.
	Erläuternde Bemerkungen zur Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907, ZfB 49, 106 ff.
Esser, Josef	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, Wien 1949
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München und Berlin 1962
Fischer, Wolfram	Das wirtschafts- und sozialpolitische Ordnungsbild der preußischen Bergrechtsreform 1851 - 1865, ZfB 102, 181 ff.
Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl. (unveränderter Abdruck der 3. Aufl.), Tübingen 1919, 8. Aufl., Tübingen 1928
Förster-Kann	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 1. Band, Berlin 1913
Foerstner, Heinz	Die Bedeutung des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes für die Gewinnung von Kali und sonstigen Salzen, zugleich Darstellung einiger Probleme des Rechts des Grundeigentümerbergbaus, ZfB 106, 257 ff.
Forkel, Hans	Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berlin 1962

Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961
Fromm, Günter	Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch. 56 (1965), 26 ff.
von Gneist, Rudolf	Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879
Goldschmidt, James	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
Gräff, H.	Handbuch des Preußischen Bergrechts, Breslau 1855
Haape, H.	Geschichte und Rechtsnatur der Mineralien und des Bergwerkseigentums, Berlin 1919
Hahn, C.	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865. Nebst den vollständigen Materialien zur Erläuterung desselben. Berlin 1865
Hauber, Hermann	Die Ausstattungsanwartschaft, Diss. Mainz 1958
Haueisen, Fritz	Der Verwaltungsakt im Licht neuerer Überlegungen, DÖV 1961, 121 ff.
	Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, 2037 ff.
Heck, Philipp	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 ff.
Heinemann, Gustav	Die Bergwerkspacht, ZAkDR 1935, 667 ff.
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912

Herring, Friedhelm	Das Bergwerkseigentum im Wandel des preußischen Bergrechts, Diss. Jena 1940
Herzer, Joachim	Die Anfechtbarkeit behördlicher Kündigungsbestimmungen, DVBl. 1957, 410 ff.
Hillermeier, Heinz	Beteiligte und "sonst Betroffene" im Sinne des § 58 VwGO, NJW 1965, 2048 f.
Hoche, Ulrich	Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 652 ff.
Hoffmann, Heinrich	Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 53 (1962), 297 ff.
Holtz, Walter	Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel, Diss. Kiel 1932
Hopp, Rudolf	Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaftsrecht. Ein dogmatischer Beitrag zur zivilrechtlichen Anwartschaftslehre. Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 69, Berlin 1938
Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I und II, 2. Aufl., Tübingen 1953 und 1954
Hubmann, Heinrich	Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
Hübner, Rudolf	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930
Isay, Hermann	Die bergrechtliche Bestrickung, ZfB 58, 360 ff.
Isay, Rudolf	Entwurf eines Bundesberggesetzes, München und Berlin 1954
	Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts, München und Berlin 1953

Isay Rudolf	Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, München und Berlin 1952
Isay, Hermann u. Rudolf	Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, 1. Band, 2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1933 (1. Aufl., 1919), 2. Band, 1. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1920
Jagusch, Heinrich	Rechtsnorm und Normsituation, SJZ 1947, 295 ff.
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919 (Anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1905)
von Jhering, Rudolf	Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. III. Teil, 1. Abt., 5. Aufl., Leipzig 1906
	Passive Wirkungen der Rechte, JherJb. 10 (1871), 387 ff.
Karsten, C.J.B.	Grundriß der deutschen Bergrechtslehre, Berlin 1828
Kast, Friedrich	Die Geschichte des Preußischen Bergrechts seit dem Jahre 1915, ZfB 67, 351 ff.
Kempf, Ludwig	Besprechung zu Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, AcP 162 (1963), 293 ff.
Kisch, Wilhelm	Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1923
Klaiper, Rudolf	Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts (Bemerkungen zu zwei Vorträgen von Honorar-Professor Dr. Rudolf Isay, Bonn), ZfB 94, 68 ff.

Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1964
	Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. unveränderte Aufl., Göttingen 1954
Klostermann, R.	Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, nebst Einleitung und Kommentar, 1. Aufl., Berlin 1866, 4. Aufl., Berlin, Leipzig 1885
	Lehrbuch des Preußischen Bergrechts, Berlin 1871
	Übersicht der bergrechtlichen Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, Berlin 1861
	Die Unanfechtbarkeit der Verleihung, ZfB 25, 151 ff.
Klostermann-Fürst-Thielmann	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten nebst Kommentar, 6. Aufl., Berlin 1911
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Kommentar, Berlin und Frankfurt a.M. 1960
Kohler, Josef	Über die Interpretation von Gesetzen, GrünhutsZtschr., Bd. 13, S. 1 ff.
Krautschneider, Erich	Hundert Jahre Allgemeines Berggesetz, Bergfreiheit 1965, 261 ff.
	Das Recht der Aufsuchung und Gewinnung der Bodenschätze, ZfB 99, 166 ff.
Kroehling, Hans Georg	Über Wesen und Wert der Anwartschaften, Diss. Königsberg 1932
Kuchinke, Kurt	Die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers als Kreditunterlage und Haftungsobjekt - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Anwartschaftsrecht, JZ 1964, 145

Kuttner, Georg	Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914
Lange, Heinrich	BGB Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
Laspeyres, Walther	Die Rechte des Grundeigentümers an den seiner Verfügung entzogenen Mineralien, Diss. Leipzig 1905
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
Leisner, Walter	Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, DÖV 1961, 642
von Lemayer, Karl	Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), im Zusammenhange der Wandlungen der Staatsauffassung betrachtet. GrünhutsZtschr., Bd. 29, S. 1 - 227
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1965
Liver, Peter	Der Wille des Gesetzes, Rektoratsrede, Bern 1954
Maetzel, Wolf Bogumil	Die verwaltungsgerichtliche Anfechtung von Ablehnungsbescheiden, DÖV 1955, 397 ff.
Marschall, Ernst	Bundesfernstraßengesetz, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Maunz, Theodor	Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin und Leipzig 1933
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1964

Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1961 (Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage)
Menger, Christian-Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 54 (1963), 393 ff.
Merk, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1962
Meyer-Hentschel, Gerhard	Die Landesausführungsgesetze zur Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 1959, 921 ff.
Miesbach-Engelhardt	Bergrecht, Kommentar zu den Landesberggesetzen, Berlin 1962
von Mohl, Robert	Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Band 2, Erlangen 1856
Müller, Horst-Joachim	Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1962, 471 ff.
Müller-Erzbach, Rudolf	Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1917
Nawiasky, Hans	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948
Nebel, Hans	Gedanken zu einer Neuordnung des bergbaulichen Berechtsamswesens, Glückauf 1959, 1252 ff.
Neukamp	Besprechung von: Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914, ZHK 78 (1916), 560 ff.
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952

Oppenhoff, Theodor F.	Bemerkung zu den Erkenntnissen des Appellations-Gerichtshofes zu Köln vom 15. April 1868 und des Obertribunals vom 16. Februar 1869, ZfB 10, 287 f.
	Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten, unter steter Vergleichung seines Textes mit demjenigen des Braunschweigischen, Meinigenschen, Gothaischen und Bayerischen Berggesetzes. Berlin 1870
	Erfordernisse zur Gültigkeit einer Mutung. Beweislast bei Prozessen über streitige Mutungen. ZfB 9, 136 ff.
	Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen, 2. Aufl., herausgegeben von Joseph Oppenhoff, Berlin 1904
Peters, Hans	Der Dritte im Baurecht, DÖV 1965, 744 ff.
Pohle, Rudolf	Besprechung von Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, ZZP 64 (1950), 94 - 96
	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 195 ff.
Pretor, Alfred und Rinn, Ilse	Bergbau in der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben im Auftrage der Wirtschaftsvereinigung Bergbau e.V., Essen 1964
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 6. Aufl., besorgt von Erik Wolf, Stuttgart 1963
Raiser, Ludwig	Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
Redeker-von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965

Regelsberger, Ferdinand	Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893
Reimer, Eduard	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl., München, Köln, Berlin 1958
Reinicke, G. u. D.	Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1952, 1033 ff.
	Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1952, 1153 ff.
	Zur Frage, ob das Gericht berechtigt ist, über den Willen des Gesetzgebers Beweis zu erheben, MDR 1952, 141 ff.
	Die Fortbildung des Rechts durch den Richter, NJW 1954, 1217 ff.
	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 1955, 1380 ff.
	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts II., NJW 1955, 1662 ff.
	Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 1957, 193 ff.
Reuß	Erläuternde Bemerkungen zur Berggesetznovelle vom 14. Juli 1905. (Arbeiterverhältnisse), ZfB 46, 478 ff.
Reuß-Grotefend-Dapprich	Das Allgemeine Berggesetz, 11. Aufl., Köln, Berlin 1959
Rietdorf-Sigulla-Voss	Handbuch der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen, Siegburg 1963

von Rönne, Ludwig	Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, Berlin 1887
	Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 4. Aufl., 3. Band, Verwaltungsrecht. Erste Abteilung., Leipzig 1883
Ronke, Maximilian	Zur Pfändung und Verpfändung des mit der Auflassung entstehenden sogenannten dinglichen Anwartschaftsrechts, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 91 - 109
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München - Berlin 1961
Rümelin, Max	Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, AcP 122 (1924), 265 ff.
von Sarwey, O.	Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880
Sattig, Konrad	"Bergrecht" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 1. Band, Berlin und Leipzig 1926
von Savigny, Friedrich Carl	System des heutigen Römischen Rechts, 1. Band, Berlin 1840
Schäfer, Walter	Die Klagearten nach der VwGO (insbesondere die Klage auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsakts), DVBl. 1960, 837 ff.
Scheerbarth, Walter	Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962
Scheuer, Hans	Zur Rangfestsetzung im Schornsteinfegerrecht, DVBl. 1957, 745 ff.

Scheuner, Ulrich	Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 331 ff.
von Schlütter, Bodo	Neuregelung der Anfechtung bergbehördlicher Verwaltungsakte in Nordrhein-Westfalen, Glückauf 1951, 845 ff.
Schönbauer, Ernst	Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, München 1929
Schönke, Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis, AcP 150 (1949), 216 ff.
	Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold-Frankfurt-Berlin 1950
Schorn, Schrödter, Willing	Jahrbuch des deutschen Bergbaus, 57. Jahrgang, Essen 1964
Schröcker, Sebastian	Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz, Berlin 1960
Schrutka Edlem von Rechtenstamm, Emil	Die Anordnungsurteile, ArchRSozPhil. 9 (1915/1916), 235 ff.
Schulte, Hans-Wilhelm	Kein Abbau des Bundesbergrechts, Glückauf 1950, 520
	Berggesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Glückauf 1953, 264 ff.
	Eigentumsordnung und Bergschaden, ZfB 91, 297 ff.
Schunck-De Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961
Sellmann, Martin	Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964, 1545 ff.

Serick, Rolf	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963
Siebert, Wolfgang	Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958
Siegmund-Schultze, Gerhard	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 16. Januar 1964 (VIII C 72.62), DVBl. 1965, 91 f.
	Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 1963, 745 ff.
Siehr, Dietrich	Eingeschränkter Verwaltungsrechtsschutz im Planfeststellungsverfahren nach dem Bundesfernstraßengesetz? DÖV 1965, 728 f.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, Einleitung und §§ 1 - 432, Stuttgart 1959, II. Band, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 - 853, Stuttgart 1962
von Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, erläutert von F. Brändel und H. Coing, 11. Aufl., Berlin 1957 III. Band, Sachenrecht, 1. Teil §§ 854 - 1017, erläutert von H. Berg, J. Ring und G. Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956 V. Band, Erbrecht, 1. Teil, erläutert von G. Boehmer, H. Lehmann und K. Seybold, 11. Aufl., Berlin 1954
Steffen, Erich	Inhalt und Rechtsnatur des Staatsvorbehalts, ZfB 102, 310 ff. und 424 ff.

Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, Tübingen 1953 19. Aufl., bearbeitet von Rudolf Pohle, Band I, 1. Lieferung, Tübingen 1964
Stich, Rudolf	Anmerkung zum Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Mai 1957, DVBl. 1957, 646 ff.
	Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl. 1956, 325 ff.
	Die Verwirkung im Verwaltungsrecht, DVBl. 1959, 234 ff.
Stobbe, Otto	Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 2. Band, Berlin 1883, 3. Aufl., neubearbeitet von H.O. Lehmann, 2. Band, 1. Halbband, Berlin 1896
Stoll, Heinrich	Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, JherJb. 76 (1926), 134 ff.
Strohal, Emil	Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, Leipzig 1905
Strohn	Bemerkungen über Bedingungen und Wirkungen der bergrechtlichen Mutung und Beleihung, StriethArch. Bd. 33, S. 351 ff.
	Bemerkungen zum Allgemeinen Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, ZfB 7, 43 ff.
Syben, Willy	Anwartschaftsrechte auf Erwerb von Liegenschaftsrechten des bürgerlichen Rechts, Diss. Münster /Westf. 1963

Theuerkauf, Horst	Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse, DVBl. 1964, 386 ff.
Tietgen, Walter	Das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf zivilgerichtlich verfolgbare Ersatzleistungsansprüche, DVBl. 1960, 261 ff.
Türk, Hans	Vorläufige Rechtswirkungen, Greifswalder Diss., Berlin-Charlottenburg 1927
von Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
von Turegg-Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit (M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Neu herausgegeben von C.H. Ule. Band I, zweiter Halbband.), 2. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1962
	Verwaltungsprozeßrecht, 3. Aufl., München und Berlin 1963
Voelkel, Carl	Das preußische Allgemeine Berggesetz einst und jetzt. Zu seinem fünfzigjährigen Bestehen. ZfB 56, 472 ff.
	Grundzüge des Bergrechts unter besonderer Berücksichtigung des Bergrechts Preußens, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1924
Vogelsang, Dieter	Das Bergwerkseigentum und sein Verhältnis zum bürgerlich-rechtlichen Eigentum und zum Staatsvorbehalt, Diss. Münster /Westf. 1963
	Die Rechtsnatur des Bergwerkseigentums, ZfB 105, 445 ff.

Volkenborn	Das Bergwerkseigentum, Diss. Heidelberg 1936
Wach, Adolf	Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band, Leipzig 1885
Wachler, Paul	Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten, Breslau 1865
	Der Rechtsweg in Bergwerkssachen, ZfB 8, 462 ff. und 10, 1 ff.
von Weiler, G.	Über Verwaltung und Justiz, und über die Grenzlinie zwischen beiden. 2. Aufl., Mannheim 1830
Weller, Herbert	Vom Direktionsprinzip zur Bergaufsicht von heute, ZfB 106, 218 ff.
Werneburg	Abgrenzung und Kollission zwischen Grundeigentum und Bergwerkseigentum, ZfB 70, 181 ff.
Westermann, Harry	Rechtsprinzipien des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes, ZfB 106, 122 ff.
	Sachenrecht, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Westhoff-Schlüter	Geschichte des deutschen Bergrechts, ZfB 50, 27 ff., 230 ff., 357 ff. und 492 ff.
Westhoff-Schlüter-Hense	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, 3. Aufl., Berlin 1913, 2. Aufl. von Westhoff-Schlüter, Berlin 1907
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band I, Teil 1, §§ 1 - 107 ZPO, Berlin 1957
Willecke, Raimund	Die kollegiale Gliederung der Oberbergämter, ZfB 98, 387 ff.

Willecke, Raimund	Grundriß des Bergrechts, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1958
	Die Unterzeichnung der Kollegialbeschlüsse der Oberbergämter, ZfB 102, 120 ff.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1891
Wolf, Erik	Besprechung von Liver, Der Wille des Gesetzes, AöR 80 (1955/56), 489
Wolff, Hans J.	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950), 205 ff.
	Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965
Würdinger, Hans	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München 1928
Zimmermann, Theo	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berichtigung der Gesetze, NJW 1952, 959 ff.
	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anpassung der Gesetze an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, NJW 1953, 484 ff.
	Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode, NJW 1954, 1628 ff.
	Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, NJW 1956, 1262 ff.
Zycha, Adolf	Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues bis ins 13. Jahrhundert, Berlin 1899

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABG	Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865
ABl.d.Mil.Reg.	Amtsblatt der Militärregierung. Deutschland.
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band u. Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AG	Ausführungsgesetz
AllgLVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883. Preußen.
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1. Juni 1794
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
AnVG	Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. Mai 1924
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band u. Seite)
App.-Gericht	Appellations-Gericht
ArchRSozPhil.	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Band u. Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927
BAG	Bundesarbeitsgericht
bayBergG	bayerisches Berggesetz vom 13. August 1910
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
ber.	berichtigt

Beschl.	Beschluß
BFH	Bundesfinanzhof
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz i.d.F. vom 6. August 1961
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
brit. MilReg.	britische Militärregierung
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
d.E.	des Entwurfs
ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPA	Deutsches Patentamt
DPR	Deutsches Privatrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erk.	Erkenntnis
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Gl.Nr.	Gliederungsnummer
Glückauf	Bergmännische Zeitschrift
grds.	grundsätzlich
Grdzge.	Grundzüge

GrünhutsZtschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (Band u. Seite)
GRJR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	(Preußische) Gesetzessammlung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
h.A.	herrschende Ansicht
h.M.	herrschende Meinung
hess.	hessisch
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr u. Seite)
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.Vbdg.m.	in Verbindung mit
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band u. Seite)
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KlGKSchVO	Verordnung über Kündigungsschutz und andere kleingartenrechtliche Vorschriften i.d.F. vom 15. Dezember 1944
KO	Konkursordnung vom 1o. Februar 1877
Komm.	Kommentar
Lb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.

LOG NRW	Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung (Landesorganisationsgesetz von Nordrhein-Westfalen) vom 10. Juli 1962
LuftVG	Luftverkehrsgesetz i.d.F. vom 10. Januar 1959
MBl.	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MRVO	Militärregierungsverordnung
m. Nachw.	mit Nachweisen
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW, NW	Nordrhein-Westfalen
nw	nordrhein-westfälisch
nwAG VwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 im Lande Nordrhein-Westfalen vom 26. März 1960
nwStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesstraßengesetz) vom 28. November 1961
OBA	Oberbergamt
ObTrib.	Obertribunal
ObTribE	Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
PA	Patentamt
PatG	Patentgesetz vom 5. Mai 1936
PBefG	Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961
pr., preuß.	preußisch
PrFluchtLG	Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften (Fluchtliniengesetz) vom 2. Juli 1875

PrGS NW	Sammlung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts 1806 - 1945
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RB	Rekursbescheid
Rdn.	Randnote
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RSchB	Rechtsschutzbedürfnis
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
str.	streitig
StriethArch.	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, herausgegeben von Striethorst (Band u. Seite)
u.a.	und andere; unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (Band u. Seite)
VerwR	Verwaltungsrecht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Süddeutsches Verwaltungsgerichtsgesetz)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl. BZ	Verordnungsblatt für die britische Zone
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960

w. Nachw.	weitere Nachweise
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Jahr u. Seite)
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht (Band u. Seite)
Ziff.	Ziffer
ZHK	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt (Band u. Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band u. Seite)

I. Teil: Einleitung und Problemstellung

1. Abschnitt: Der Grundsatz der Bergbaufreiheit und seine Garantie durch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG

Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren des ABG dient der Sicherung des grundlegenden Prinzips, auf dem das preußische Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865[1)] aufbaut, der Sicherung des Grundsatzes der Bergbaufreiheit.

Der Begriff der Bergbaufreiheit ist in zweifachem Sinne zu verstehen: Einmal bedeutet die Bergbaufreiheit die Freiheit des Bergbautreibenden vom Willen des Grundeigentümers (Trennung des Bergbaus vom Grundeigentum); zum anderen bedeutet sie, daß die dem ABG unterliegenden Mineralien keiner monopolistischen Benutzung von Seiten des Staates unterliegen, sondern daß unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Verleihung der

---

1) Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten gilt als Landesrecht fort. Mangels einheitlicher Geltung innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen ist es nicht gem. Art. 125 i. Vbdg. m. Art. 74 Ziff. 11 GG Bundesrecht geworden (BGH, Beschl. v. 24.11.1953 = BGHZ 11, 104 = ZfB 95, 211; BVerwG, Beschl. v. 28.6.1955 = ZfB 96, 306; EBEL-WELLER vor § 1). Der nachfolgenden Untersuchung ist, soweit das heute geltende Bergrecht behandelt wird, die in Nordrhein-Westfalen als dem bedeutendsten Bergbauland der Bundesrepublik geltende Fassung des Allgemeinen Berggesetzes zugrunde gelegt, also das ABG in der Fassung des Gesetzes zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. Nov. 1961 (GV NW S. 325), neu bekanntgemacht in PrGS NW GlNr. 75 S. 164, berichtigt in GV NW 1962, 548, geändert bzw. neugefaßt durch Gesetz v. 8. Dez. 1964 (GV NW S. 412).

Bergbauberechtigung gegenüber dem Staat besteht[1].

Die Einführung des Prinzips der Bergbaufreiheit in das ABG hatte ihren Grund in der liberalen Wirtschaftsauffassung des 19. Jahrhunderts, die davon ausging, daß auch hinsichtlich des Aufschlusses der Bodenschätze des Landes das öffentliche Interesse am besten durch das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte gewahrt werde. Die Bergbaufreiheit wurde als entscheidende Voraussetzung für die Entwicklung leistungsfähiger Bergbauunternehmen und damit für einen weiteren Aufschwung der Bergwerksindustrie angesehen[2]. In der Tat nahm der Bergbau in Preußen auf der Grundlage der Bergbaufreiheit einen großen Aufschwung[3].

---

1) ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 3. Die Motive zum ABG (vgl. ZfB 6, 79 ff.) verstehen unter Bergbaufreiheit allerdings nur die Freiheit der Mineralien von einem Eigentums- oder privilegierten Okkupationsrecht des Staates, während sie die Trennung von Bergbau und Grundeigentum als selbständiges Grundprinzip auffassen. Im Schrifttum wird der Begriff der Bergbaufreiheit jedoch in dem genannten doppelten Sinne gebraucht, wonach sie sich einmal gegen den Grundeigentümer und zum anderen gegen den Staat, früher gegen den Regalherrn, richtet (vgl. z.B. WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 496 f. u. 50; BRASSERT-GOTTSCHALK, Allgem. Berggesetz, S. 1; VOELKEL, Grundzüge, S. 35; MIESBACH-ENGELHARDT, Überblick vor § 1 Anm. I; EBEL-WELLER § 1 Anm. 3 a; WESTERMANN, ZfB 106, 122, 124 f.; ebenso ausdrücklich auch die amtliche Begründung zur Berggesetznovelle v. 18. Juni 1907 in ZfB 48, 181, 187).

2) Vgl. Motive, ZfB 6, 79 ff.; KRAUTSCHNEIDER, ZfB 99, 166, 168; FISCHER, ZfB 102, 181 ff.

3) Vgl. VOELKEL, ZfB 56, 472, 473; ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 4; KAST, ZfB 67, 351, 357 f.; KRAUTSCHNEIDER, ZfB 99, 166, 168 u. Bergfreiheit 1965, 261, 265; NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1253. Wesentlich beigetragen zu der wirtschaftlichen Entwicklung des Bergbaus hat allerdings auch die schon kurz vor dem Inkrafttreten des ABG erfolgte Aufhebung des Direktionsprinzips, das allgemein als hemmende Bevormundung des Bergbaus empfunden worden war. Die preuß. Bergrechts-

Seinen gesetzlichen Ausdruck hat das Prinzip der Bergbaufreiheit in § 1 ABG und im zweiten Titel des Gesetzes, insbesondere in den §§ 3, 12, 22 gefunden[1]. In § 1 ist die Trennung des Bergbaus vom Grundeigentum normiert. Danach sind die volkswirtschaftlich bedeutsamen Mineralien, die in einem Katalog speziell aufgezählt werden[2], vom Verfügungsrecht des Grundeigentümers ausgeschlossen[3]. Die §§ 3, 12, 22 enthalten den Grundsatz der Bergbaufreiheit gegenüber dem Staat. Jedermann kann danach im Wege des Schürfens (§§ 3 ff.) und Mutens (§§ 12 ff.) Bergwerkseigentum an den in § 1 ABG genannten Mineralien erlangen. Der Fund, d.i. die Entdeckung des Minerals auf seiner natürlichen Ablagerung (vgl. § 15 I Ziff. 1 ABG), schafft bei Erfüllung der sonstigen gesetzlich festgelegten Voraussetzungen (Mutung, Feldesstreckung und Bergfreiheit des Fundpunktes sowie des beanspruchten Feldes; vgl. §§ 12 - 14, §§ 17, 18, 27 und § 15 I Ziff. 2 ABG) einen Anspruch auf

---

novellen von 1851 und 1860 hatten die sich bis dahin noch auf die technische, wirtschaftliche und kaufmännische Einzelheiten beziehende Aufsicht des Staates allein auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen beschränkt und damit der privaten Unternehmerinitiative den erforderlichen Spielraum gegeben. Vgl. NEBEL, Glückauf 1959, 1253.

1) ISAY, Vorbem. vor § 1.

2) Bei Erlaß des ABG repräsentierten die im § 1 aufgeführten Mineralien ungefähr 99 % des Wertes sämtlicher Bergwerksprodukte des preußischen Staates (vgl. Motive, ZfB 6, 84).

3) Die in § 1 ABG nicht genannten Mineralien stehen dem Grundeigentümer zu, § 905 BGB. Ihre Aufsuchung und Gewinnung unterliegt grundsätzlich nicht dem Bergrecht, sondern den allgemeinen Gesetzen. Allerdings sind im Laufe der Zeit auf den Grundeigentümerbergbau die Bestimmungen des ABG in weitem Umfang für anwendbar erklärt worden, insbesondere die Vorschriften über Bergbau und Grundbesitz und über die Bergaufsicht (vgl. EBEL-WELLER § 1 Anm. 3 f; BOLDT, Das Recht des Bergmanns, S. 27; FOERSTNER, ZfB 106, 257; KRAUTSCHNEIDER, ZfB 99, 166, 173 ff.).

Verleihung des Bergwerkseigentums (§ 22 ABG)[1]. Die vom ABG in Anlehnung an den Sprachgebrauch des Allgemeinen Preußischen Landrechts (vgl. z.B. § 82 II 16 ALR) als Bergwerkseigentum bezeichnete Bergbauberechtigung[2] entsteht also erst mit der staatlichen Verleihung (§ 50 I ABG). Dabei ist der entscheidenden Behörde keine Ermessensfreiheit eingeräumt; bei Vorliegen der formal bestimmten Voraussetzungen ist die Behörde vielmehr zur Verleihung des Bergwerkseigentums verpflichtet[3], ohne daß bei dieser Entscheidung etwa wirtschaftspolitische Gesichtspunkte berücksichtigt werden könn-

---

1) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 35; EBEL-WELLER § 1 Anm. 3 a.

2) Vgl. Motive, ZfB 6, 82 und VOGELSANG S. 23. Nach heute wohl herrschender Ansicht ist das Bergwerkseigentum der Inbegriff der Berechtigungen, die dem gemeinsamen Zwecke der bergmännischen Produktion dienen, mit dem Kern der ausschließlichen Befugnis zur Aneignung der in einem bestimmten, räumlich begrenzten Felde befindlichen Mineralien (§ 54 ABG). Vgl. RG,Urt. v. 21.4.1906 = ZfB 48, 117, 119 = RGZ 63, 190, 192; RG,Urt. v. 17.2.1915 = ZfB 56, 403, 411; RG,Urt. v. 18.12.1915 = ZfB 57, 203, 211; RG, Urt. v. 27.1.1932 = RGZ 135, 94, 96; BGH, Urt. v. 13.5.1955 = BGHZ 17, 224, 228; ARNDT, 9. Aufl., § 50 Anm. 1; BOLDT § 50 Anm. 2; BRASSERT-GOTTSCHALK § 50 Anm. 1; DERNBURG S. 638; EBEL-WELLER § 50 Anm. 2 a; HEINEMANN, ZAkDR 1935, 667; HERING S. 61; HUBER, Bd. II, S. 107; ISAY § 50 Rdn. 2; KLOSTERMANN-THIELMANN § 50 Anm. 1, III; MIESBACH-ENGELHARDT § 50 Rdn. 1 d; MÜLLER-ERZBACH S. 120; VOLKENBORN S. 40; WERNEBURG, ZfB 70, 181, 183; WESTERMANN, ZfB 106, 122, 130 FN 29; WOLFF-RAISER § 97 I = S. 392 f. und den Überblick bei VOGELSANG, Bergwerkseigentum, S. 43 ff. u. ZfB 105, 445, 446.

3) Gebundene Verwaltung; vgl. BAUR, Sachenrecht, § 30 II 1 = S. 255; H.J.WOLFF, VerwR I, § 31 I = S. 145; FORSTHOFF, Lb., § 5 = S. 72 ff.

ten[1]. Mit dieser Beschränkung des Hoheitsrechts des Staates auf die Verleihung des Bergwerkseigentums an Private[2] hat das ABG die Bergbaufreiheit endgültig von den Fesseln des Bergregals gelöst[3], das in Deutschland seit jeher galt und im Laufe der Entwicklung ursprünglich dem König, später den einzelnen Landesherrn das volle Verfügungsrecht über die ihm unterliegenden, wichtigsten Mineralien einräumte[4].

Für die Verwirklichung des materiellen Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums aus § 22 ABG und damit für die Realisierung des Prinzips der

---

1) Vgl. hierzu WESTERMANN (ZfB 106, 122, 125 f. insbes. FN 16), der darauf hinweist, daß man hier von einem Normativsystem sprechen kann, das - ähnlich wie bei der Entstehung der juristischen Personen des Privatrechts - gleichzeitig die bürgerliche Freiheit und die Sicherung der Ordnung im Allgemeininteresse garantiere. Vgl. auch VOELKEL, Grundzüge, S. 14.

2) Daneben folgt aus dem allgemeinen Hoheitsrecht des Staates (vgl. Motive, ZfB 6, 69) die Beaufsichtigung der Ausübung des Bergwerkseigentums, die sogen. Bergaufsicht (§§ 66 ff./ 196 ff. ABG: Inspektionsprinzip). Vgl. ISAY, 1. Bd., Einleitung Rdn. 2; WESTERMANN, Rechtsprinzipien, ZfB 106, 128 f.

3) Motive, ZfB 6, 69; EBEL-WELLER § 1 Anm. 3 a; ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 2 u. 3; VOELKEL, Grundzüge, S. 25, 35; BOLDT, Staat und Bergbau, S. 7.

4) Vgl. EBEL-WELLER § 1 Anm. 3 a; BOLDT, Das Recht des Bergmanns, S. 3; ders. Staat und Bergbau, S. 3 f.; ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 2; VOELKEL, Grundzüge, S. 16 f.; ARNDT, Bergregal, S. 44 ff.; BAX S. 14 ff.; SCHÖNBAUER S. 159 ff.; ZYCHA S. 10 u. 36 ff.; BADURA S. 45 ff. u. 147 f.; Die Einzelheiten der Entwicklung des Bergregals in Deutschland sind vor allem für die Zeit vor 1158 (Ronkalische Konstitution) sehr streitig.

Bergbaufreiheit ist es von erheblicher Bedeutung, welche Möglichkeiten des Rechtsschutzes zur Durchsetzung dieses Anspruchs gegenüber dem Staat und zur Abwehr konkurrierender Muter zur Verfügung stehen[1]. Erst die Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes vermag den Grundsatz der Bergbaufreiheit zu garantieren[2]. Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei der Verleihung des Bergwerkseigentums hat also eine wichtige Funktion im Rahmen der Bergbaufreiheit. Aufgabe der folgenden Untersuchung soll es sein, die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des Allgemeinen Berggesetzes darzustellen und zu einer Lösung vorhandener Probleme beizutragen.

Durch die Einführung des sogen. unechten Staatsvorbehaltes für besonders wichtige Mineralien ist zwar der Grundsatz der Bergfreiheit nach dem Erlaß des ABG erheblich eingeschränkt worden. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß damit die Mutungsprobleme und die Fragen des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren bedeutungslos geworden seien[3]. Immer noch unterliegen - wenn auch ge-

---

1) Die noch von ISAY (§ 22 Rdn. 2) im Anschluß an die Ansicht von G. JELLINEK (System S. 67 ff., 121) und Otto MAYER (Deutsches Verwaltungsrecht S. 109) vertretene Auffassung, erst die Gewährung von Rechtsschutz habe den Anspruch auf Verleihung geschaffen, kann heute als überwunden angesehen werden. Die Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes ist kein Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechts und damit eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs mehr; vielmehr ist das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verwaltungsklage. Vgl. HUBER, Bd. I, S. 685 f.; FORSTHOFF, Lb., § 10, 3 = S. 172; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. II 2 = S. 120; H.J. WOLFF, VerwR I, § 43 I b 3 = S. 227; FLEINER S. 174.

2) Vgl. NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1253.

3) Vgl. NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1254.

bietweise beschränkt - volkswirtschaftlich bedeutende Bodenschätze der Bergbaufreiheit.

Der unechte Staatsvorbehalt wurde erstmals durch die Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907[1] eingeführt. Durch diese Novelle, der die sogen. lex Gamp vom 5. Juli 1905[2] mit einer zweijährigen Mutungssperre für Steinkohle und Salze vorangegangen war, wurde die Bergbaufreiheit zunächst für Steinkohle, Kali-, Magnesia- und Borsalze sowie für Solquellen aufgehoben, indem die Aufsuchung und Gewinnung der genannten Mineralien dem Staat vorbehalten wurde[3]. Dabei wurde dem Staat kein unmittelbares Gewinnungsrecht eingeräumt, er mußte sich vielmehr das Bergwerkseigentum an den bezeichneten Mineralien erst verleihen lassen (unechter Staatsvorbehalt; Schürf- und Mutungsvorrecht des Staates)[4]. Mit der Einführung des unechten Staatsvorbehaltes wollte der Staat vor allem die Monopolisierung der Mineralreserven verhindern, eine regelmäßige und stetige Versorgung der Allgemeinheit zu angemessenen Preisen sicherstellen und beim Salzbergbau einer Überproduktion begegnen sowie die noch freien Lagerstätten vor der Vergeudung und Vernichtung bewahren[5]. Dieser

---

1) GS S. 119; abgedruckt in ZfB 48, 181 ff.

2) GS S. 265; abgedruckt in ZfB 46, 442 f.

3) Vgl. § 2 ABG i.d.F. v. 18. Juni 1907.

4) Vgl. § 38 b i.d.F. v. 18.6.1907. Zum Inhalt und der rechtlichen Natur des unechten Staatsvorbehaltes vgl. insbes. die eingehende Darstellung bei STEFFEN, ZfB 102, 310, 323 ff. u. 424, 447 ff., sowie WESTERMANN, ZfB 106, 126 ff.; BOLDT, Staat und Bergbau, S. 26 ff. und ISAY § 2 Rdn. 6.

5) Vgl. hinsichtlich der Einzelheiten die amtliche Begründung der Novelle v. 18. Juni 1907 in ZfB 48, 187 ff. - Zu den Motiven der Mutungssperre vom 5. Juli 1905 vgl. ESKENS, ZfB 46, 461 ff.

Staatsvorbehalt wurde im Laufe der Zeit auf weitere bergfreie Mineralien ausgedehnt. So wurden im Jahre 1924[1] in einer Reihe preußischer Provinzen - nicht jedoch in der Rheinprovinz - die Braunkohle und im Jahre 1937[2] in Hohenzollern die Eisenerze mit Ausnahme der Raseneisenerze dem unechten Staatsvorbehalt unterworfen[3]. Schließlich sind in den letzten Jahren in den Ländern des preußischen Rechtsgebietes die Uran- und Thoriumerze dem Staat vorbehalten worden[4].

Der Überblick zeigt, daß z.B. die Braunkohle im Bereich ihrer größten Vorkommen, dem Rheinland[5], weiterhin der Bergbaufreiheit unterliegt. Das gleiche gilt für Eisenerz. Gerade in den letzten Jahren ist in manchen Gebieten Norddeutschlands eine rege Mutungstätigkeit auf Eisenerz zu verzeichnen gewesen[6]. Ebenso sind im Bereich des rheinischen Braunkohlenreviers im Zusammenhang mit der Erweiterung der Möglichkeiten des Tieftagebaus, insbesondere bei der

---

1) Gesetz über die Verleihung von Braunkohlenfeldern an den Staat vom 3. Januar 1924 (GS S. 18 = ZfB 65, 120 ff. = EBEL-WELLER S. 454).

2) Gesetz zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 24. September 1937 (GS S. 73 = ZfB 78, 140 ff.).

3) Vgl. BOLDT, Das Recht des Bergmanns, S. 10; ders., Staat und Bergbau, S. 8, 26; ISAY § 2 Rdn. 2, 3 u. § 2 a Rdn. 1, 2; KRAUTSCHNEIDER, ZfB 99, 166, 169 f.

4) Z.B. Nordrhein-Westfalen: Zweites Gesetz zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften im Lande Nordrhein-Westfalen vom 25. Mai 1954 (GS S. 694 = ZfB 95, 272 ff. = EBEL-WELLER S. 599).

5) Vgl. Bergbau S. 262 f.; Jahrbuch S. 862.

6) Vgl. NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1254 mit Zahlenangaben für das Oberbergamt in Clausthal-Zellerfeld. Danach hatte das Oberbergamt in den Jahren 1954 - 1958 über rd. 80 Mutungen zu entscheiden. Laut Auskunft des Oberbergamtes war in den Jahren 1959 - 1962 über weitere 67 Mutungen zu entscheiden.

Erschließung sogen. Zwischenfelder, noch in neuerer Zeit Mutungen auf Braunkohle eingelegt worden. Dabei gehören Konkurrenzmutungen durchaus nicht der Vergangenheit an[1]. Das zeigt, daß das Verleihungsverfahren und folglich auch der Rechtsschutz in diesem Verfahren nicht nur von theoretischem Interesse, sondern auch heute noch von praktischer Bedeutung sind.

2. Abschnitt: Einführung in die Problematik des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG

A. Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ursache für die besondere Problematik des Rechtsschutzes

Die Rechtsbehelfe im Verleihungsverfahren des ABG sind im Laufe der jetzt hundertjährigen Geschichte des ABG mehr und mehr ausgebaut worden. Die allmähliche verfahrensrechtliche Stärkung der Stellung des Muters ist jedoch keine bergrechtliche Besonderheit. Sie entspricht vielmehr der allgemeinen Entwicklung zur Verbesserung des Rechtsschutzes für den einzelnen seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, insbesondere dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in dieser Epoche[2]. Auch im Verleihungsverfahren des ABG ist das System des Rechtsschutzes in seinem Aufbau und in seiner Fortentwicklung der Gesamtstruktur des Rechts gefolgt, die ihrerseits wieder durch die Entwicklung der Struktur des Staates bedingt war[3]. Einen vorläufigen Abschluß hat die Entwicklung des Rechtsschutzes bei

---

1) Vgl. hierzu auch NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1255 f.

2) WESTERMANN, ZfB 106, 122, 126.

3) Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 469; v. LEMAYER, Grünhuts Ztschr., Bd. 29, S. 1 - 227.

der Verleihung des Bergwerkseigentums mit der Einführung der sogen. verwaltungsgerichtlichen Generalklausel bei dem Wiederaufbau und der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 gefunden[1]. Auf Grund der Generalklausel, durch die nunmehr auch die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960[2] die Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmt, ist auch gegen die Entscheidungen der Bergbehörden der Klageweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten eröffnet worden. Neben den speziellen Vorschriften des ABG (vgl. insbes. §§ 23, 31, 35) sind also heute für den Rechtsschutz im Verleihungsverfahren grundsätzlich die Rechtsbehelfe der Verwaltungsgerichtsordnung maßgebend[3].

Das Nebeneinander der Vorschriften des ABG und der Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung bedingt zum großen Teil die besondere Problematik und Unsicherheit des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren. Beispiele mögen das verdeutlichen.

---

1) Vgl. für die amerikanische Besatzungszone § 22 I VGG und für die britische besetzte Zone § 22 I MRVO Nr. 165 vom 15. Sept. 1948 (VOBl. BZ 1948 S. 263). In der britischen Zone war die Generalklausel erstmals schon durch die als Übergangslösung gedachte und am 1.4.1948 in Kraft getretene MRVO Nr. 141 (VOBl. BZ 1948, 111) eingeführt worden (vgl. KLINGER, Einleitung S. 3).

2) BGBl. I S. 17.
Nach § 40 I VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben.

3) Vgl. WESTERMANN, ZfB 106, 122, 126.

B. Beispiele für die Probleme des Rechtsschutzes

I. Rechtsbehelfe des Muters

1. Der Muter M 1 hat auf Grund seines Fundes die Verleihung des Bergwerkseigentums in dem auf Braunkohle gemuteten Felde B beantragt (§ 12 ABG). Nach ordnungsgemäßer Schlußverhandlung (§§ 28, 29 ABG) hat das Oberbergamt den Verleihungsantrag durch Beschluß gem. § 31 I ABG zurückgewiesen. Dabei hat es die Verleihung mit der Begründung versagt, ein konkurrierender Muter M 2 habe schon vor M 1 in dem Felde B auf Braunkohle gemutet, so daß ihm gem. §§ 15 I Ziff. 2, 25 ABG das bessere Recht zustehe. M 1 meint, das Bergwerkseigentum müsse gleichwohl ihm verliehen werden, da er nach § 24 ABG als Finder das Vorrecht vor M 2 habe.

Da die Zurückweisung des Verleihungsantrages durch das Oberbergamt ein Verwaltungsakt ist, wird M 1 zuerst an die Rechtsbehelfe der Verwaltungsgerichtsordnung denken, um seinen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums durchzusetzen. Er wird also zunächst gem. § 69 VwGO Widerspruch gegen die Entscheidung des Oberbergamtes einlegen[1]. Wird der Widerspruch zurückgewiesen, so wird M 1 weiter erwägen, gem. § 42 VwGO i. Vbdg. m. § 5 nwAG VwGO vor dem Verwaltungsgericht die Verpflichtungsklage gegen

---

1) Da durch § 26 I LOG NRW das Beschlußverfahren für die Entscheidung des Oberbergamtes nach § 31 I ABG aufgehoben worden ist, findet § 6 I nwAG VwGO, wonach es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren i.S. des § 68 VwGO nicht bedarf, wenn eine Kollegialbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt oder die Ablehnung eines Verwaltungsaktes in einem förmlichen Verfahren beschlossen hat, keine Anwendung. Vor Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage ist also gem. §§ 68, 69 VwGO zunächst Widerspruch gegen die Entscheidung des Oberbergamtes zu erheben. Vgl. EBEL-WELLER § 31 Anm. 1.

das Oberbergamt zu erheben, um den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums (§ 22 ABG) durchzusetzen. Nun bestimmt aber § 23 ABG, daß "dieser Anspruch jedoch vor den ordentlichen Gerichten nicht gegen die verleihende Bergbehörde, sondern nur gegen diejenigen Personen verfolgt werden kann, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen". Damit erscheint es als fraglich, ob M 1 den Verleihungsanspruch aus § 22 ABG mit der Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht durchsetzen kann; § 23 ABG könnte ihn vor das ordentliche Gericht verweisen und damit die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gem. § 40 I VwGO ausschließen. Dann könnte M 1 sein Recht nur mit der sogen. Verleihungsklage des § 23 ABG gegen den ein besseres Recht behauptenden Muter M 2 verfolgen. Es erscheint jedoch auch nicht als ausgeschlossen, daß beide Rechtsbehelfe, die Verpflichtungsklage gegen das Oberbergamt vor dem Verwaltungsgericht (§ 42 VwGO) und die Verleihungsklage gegen den konkurrierenden Muter M 2 vor dem ordentlichen Gericht (§ 23 ABG), nebeneinander zulässig sind[1]. Nimmt man das an, so stellt sich die weitere Frage, wann die Dreimonatsfrist des § 31 II ABG[2] für die Erhebung der Verleihungsklage in Lauf gesetzt wird. Sie könnte mit der Zustellung des Widerspruchsbescheides beginnen, oder erst von einer abschließenden Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren an laufen[3]. Bei Annahme der Doppelgleisigkeit von Verwaltungsrechtsweg und ordentlichem Rechtsweg bleibt schließlich noch das Problem, wie von-einander ab-

---

1) Diese Ansicht wird z.B. von MIESBACH-ENGELHARDT (Komm. § 31 ABG Rdn. 3 a) vertreten.

2) Sie gilt nach h.A. grds. auch für die Verleihungsklage. Vgl. RG, Urt. v. 7. März/13. April 1901 = RGZ 49, 214 = ZfB 43, 347; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.

3) Letzteres nehmen MIESBACH-ENGELHARDT (Komm. § 31 ABG Rdn. 3 b 2) an.

weichende Entscheidungen der beteiligten Gerichte, die theoretisch möglich sind, vermieden werden können[1].

2. Kaum geringere Schwierigkeiten bietet der Fall, wenn das Oberbergamt die Mutung des Muters M 1 nicht wegen entgegenstehender besserer Rechte Dritter, sondern deshalb zurückgewiesen hat, weil ein anderes gesetzliches Hindernis (z.B. Fehlen der Fündigkeit = blinde Mutung; Nichtvorliegen der nach § 15 I Ziff. 1 ABG erforderlichen absoluten Bauwürdigkeit; fehlerhafte Feldesstreckung nach § 27 ABG) der Verleihung des Bergwerkseigentums entgegensteht. Tritt hier kein konkurrierender Muter auf, so dürfte der Muter M 1 auf die ordentlichen Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach der VwGO, also auf den Widerspruch und die Verpflichtungsklage beschränkt sein. Wie aber ist es, wenn neben der vom Oberbergamt als ungültig angesehenen Mutung die spätere, aber ordnungsgemäße Mutung eines konkurrierenden Muters M 2 vorliegt? Dann könnten auch in diesem Fall die Voraussetzungen des § 23 ABG gegeben sein. Denn wenn sich M 2 auf die Ungültigkeit der Mutung von M 1 beruft, könnte man darin inzident die "Behauptung eines (eigenen) besseren Rechts" sehen, die M 2 der Mutung des M 1 entgegensetzt. Folgt man dieser Auffassung, so ergeben sich hier die gleichen Konkurrenzprobleme zwischen den Rechtsbehelfen der Verwaltungsgerichtsordnung und der vor dem ordentlichen Gericht zu erhebenden Verleihungsklage des § 23 ABG wie in dem vorangegangenen Fall.

---

1) Vgl. dazu MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.

II. Rechtsbehelfe Dritter

Ganz ähnliche Probleme wie sie sich in den Fällen der gänzlichen oder teilweisen Versagung der Verleihung bei den Rechtsbehelfen des Muters ergeben, entstehen bei einem die Verleihung des Bergwerkseigentums aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes für die Rechtsbehelfe beteiligter Dritter.

1. Hat das Oberbergamt dem Muter M 1 das Bergwerkseigentum in einem bestimmten Felde verliehen und dabei den auf ein besseres Recht (z.B. Findervorrecht nach § 24 ABG; Vorrecht aus älterer Mutung gem. § 25 ABG; Mutungsvorrecht des Bergwerkseigentümers nach § 55 ABG) gestützten Einspruch des Muters M 2, den dieser in der Schlußverhandlung erhoben hatte, zurückgewiesen, so kommen als Rechtsschutzmöglichkeiten für M 2 zunächst wiederum die Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Betracht. Nach § 69 VwGO könnte M 2 Widerspruch gegen den Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes einlegen und nach Zurückweisung des Widerspruchs mit der Behauptung, in seinen Rechten verletzt zu sein, Anfechtungsklage gem. § 42 VwGO erheben. Da M 2 sich jedoch auf ein eigenes "besseres Recht" stützt, kommt als Rechtsschutzmöglichkeit auch die gegen M 1 zu richtende[1] sogen. Einspruchsklage des § 31 II ABG vor dem ordentlichen Gericht in Betracht. Auch bei den Rechtsbehelfen Dritter ergeben sich demnach die schon bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des Muters

---

1) Es ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß die Einspruchsklage des § 31 II ABG gegen denjenigen zu richten ist, dem das Bergwerkseigentum verliehen wurde. Das folgt aber aus der entsprechenden Anwendung des § 35 ABG, mit dem § 31 II in engem Zusammenhang steht. Vgl. EBEL-WELLER § 31 Anm. 1 a.E.

beschriebenen Konkurrenzprobleme hinsichtlich der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte.

2. Das gilt nicht nur für das Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe zur Einspruchsklage des § 31 II ABG, sondern in gleichem Maße auch für das Verhältnis des Verwaltungsrechtsschutzes zur sogen. Widerspruchsklage nach §§ 35 II, 36 I ABG. Ein gem. § 24 ABG (Findervorrecht) oder gem. § 55 ABG (Mutungsvorrecht des Bergwerkseigentümers) bevorrechtigter Muter M 2, der vor Abschluß des Verleihungsverfahrens seinerseits Mutung auf das verliehene Mineral eingelegt hat, jedoch im Verleihungsverfahren nicht zugezogen worden ist, kann die an den konkurrierenden Muter M 1 ausgesprochene Verleihung des Bergwerkseigentums noch mit der Widerspruchsklage nach §§ 35 II, 36 I ABG angreifen. Die Klage ist innerhalb einer Ausschlußfrist von drei Monaten seit der öffentlichen Bekanntmachung der Verleihung[1] vor dem ordentlichen Gericht zu erheben und gegen den jetzigen Bergwerkseigentümer M 1 zu richten. Daneben kommen aber auch hier wiederum die verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe (Widerspruch, Anfechtungsklage) in Betracht. Wenn man nicht annimmt, daß der Verwaltungsgerichtsweg durch §§ 35, 36 ABG ausgeschlossen ist, sondern davon ausgeht, daß der Verwaltungsrechtsweg neben dem ordentlichen Rechtsweg zulässig ist, ergibt sich ein besonderes Problem hinsichtlich der Klagefristen. Erlangt der bevorrechtigte Muter M 2 von der Verleihung des Bergwerkseigentums an M 1 keine Kenntnis, so beginnen die Anfechtungsfristen der Verwaltungsgerichtsord-

---

1) Gem. § 35 I ABG ist die Verleihungsurkunde binnen sechs Wochen nach ihrer Ausfertigung durch das Amtsblatt der Regierung, in deren Bezirk das Bergwerk liegt, zur öffentlichen Kenntnis zu bringen.

nung nicht zu laufen[1]. Da das Berggesetz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Ausschlußfrist kennt, wäre in diesem Fall nach Ablauf von drei Monaten seit öffentlicher Bekanntgabe der Verleihung die Widerspruchsklage nach §§ 35, 36 ABG zwar ausgeschlossen[2], Widerspruch und Anfechtungsklage nach der VwGO könnten jedoch zulässig bleiben. Mit diesem Ergebnis würde die Ausschlußfrist des § 35 II ABG, die dazu dienen soll, möglichst schnell ein unanfechtbares und damit gesichertes, kreditfähiges Bergwerkseigentum zu schaffen[3], weitgehend ihren Sinn verlieren[4].

III. Zusammenfassung

Die Fragen, die in den zur Verdeutlichung der Problematik des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren angeführten Beispielen berührt wurden, sind sämtlich sehr streitig und wenig geklärt. Das gilt insbesondere für das grundlegende Problem des Verhältnisses zwischen der auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel jetzt grundsätzlich zulässigen Klage vor dem Verwaltungsgericht und den nach dem ABG vorgesehenen Klagen vor dem ordentli-

---

1) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 69 - 73 Anm. II = S. 255 unten; KOEHLER § 70 Anm. II = S. 532.

2) Die Ausschlußfrist des § 35 II ABG läuft auch dann, wenn der zur Widerspruchsklage Berechtigte von der öffentlichen Bekanntmachung der Verleihung keine Kenntnis erlangt hat. Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 a; RG, Urt. v. 27.2.1904 = RGZ 57, 147, 149.

3) Vgl. Motive, ZfB 6, 117; ISAY § 35 Rdn. 1. Man kann sagen, daß das ABG in den §§ 35, 36 ABG ein Aufgebotsverfahren eingeführt hat, um Dritte, die Gegenansprüche erheben können, zu zwingen, sie in kurzer Zeit geltend zu machen; vgl. ISAY a.a.O.

4) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 b.

chen Gericht[1].

C. Die Ursache der mangelnden Koordination des Verwaltungs- und Zivilrechtsweges im Verleihungsverfahren

Die unklare rechtliche Situation bei den Rechtsbehelfen im Verleihungsverfahren hat ihre Ursache nicht zuletzt in der Mehrgleisigkeit der Gesetzgebung. Seit dem Erlaß des preußischen Allgemeinen Berggesetzes sind immer wieder Gesetze von Gesetzgebern über der Landesebene, wie dem Deutschen Reich, dem Vereinigten Wirtschaftsgebiet, den Besatzungsmächten und der Bundesrepublik Deutschland ergangen, die in das ABG eingegriffen haben, ohne den Wortlaut des Berggesetzes zu ändern und damit anzupassen. Dieser Übelstand hat sich schon früher bei der Einführung der Reichsgewerbeordnung, der Reichsjustizgesetze, des Bürgerlichen Gesetzbuches, der Grundbuchordnung, des Reichsknappschaftsgesetzes, des Gesetzes über den Aufbau der Reichsbergbehörden vom 30. September 1942[2] und anderer Gesetze gezeigt[3]. Mit der Gesetzgebung zum Wiederaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Besatzungs-

---

1) WESTERMANN, ZfB 106, 122, 126 FN 17; vgl. auch die voneinander abweichenden und sich zum Teil widersprechenden Lösungsversuche bei: MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3, §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 u. 6; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 u. § 31 Anm. 1; REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 31 Anm. 1; H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 267 ff.

2) RGBl. I S. 603.

3) Vgl. dazu im einzelnen BROCKHOFF, ZfB 94, 83, 94 ff.

mächte[1] und dem Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung durch den Bundesgesetzgeber ist er gerade im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten im Verleihungsverfahren besonders deutlich geworden. Obgleich seit der Eröffnung des Klageweges zu den Verwaltungsgerichten in Nordrhein-Westfalen mehrere Novellen zum ABG ergangen sind, hat auch der Landesgesetzgeber diese Gelegenheit nicht oder doch nur unvollkommen genutzt, um den Wortlaut des Berggesetzes der veränderten rechtlichen Situation anzupassen. So ist durch das Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. November 1961[2], das die Weitergeltung des Allgemeinen Berggesetzes bestätigt hat, u.a. zwar der Wortlaut des § 38 a ABG geändert worden[3], um klarzustellen, daß gegen eine auf Grund dieser Vorschrift ergangene Entscheidung nur noch der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zulässig sei[4].

---

1) Vgl. Gesetz Nr. 36 des Kontrollrats in Deutschland vom 10.10.1946 (ABl. d. MilReg. Nr. 14 S. 315), das die Wiedererrichtung von Verwaltungsgerichten in allen Besatzungszonen und in Berlin anordnete. Für Nordrhein-Westfalen vgl. insbes. die am 1.4.1948 in Kraft getretene VO Nr. 141 (VOBl. BZ 1948, 111), die die verwaltungsgerichtliche Generalklausel einführte, und die am 15.9. 1948 in Kraft getretene VO Nr. 165 der brit. MilReg. (VOBl. BZ 1948, 263). - Einen Überblick über die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der brit. Zone gibt KLINGER, Einleitung S. 1 ff. m. w. Hinweisen.

2) GV NW 325; neu bekanntgemacht in PrGS NW GlNr. 75, S. 164, berichtigt in GV NW 1962, 548.

3) Vgl. § 2 Ziff. 3 des Gesetzes vom 7. Nov. 1961. § 38 a ABG betrifft die Aufhebung der Verleihungsurkunde, wenn das Bergwerkseigentum zu Unrecht auf ein dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegendes Mineral verliehen worden ist.

4) Vgl. Drucksachen des Landtages NW, 4. Wahlperiode, Bd. 4, Drucksache Nr. 492.

Durch diese Gesetzesänderung ist jedoch nur im Falle des § 38 a ABG der Zivilrechtsweg ausdrücklich ausgeschlossen worden, während der Wortlaut der §§ 23, 31 II, 32 und 35 II ABG auch in der Neubekanntmachung des Gesetzes[1] weiterhin von den ordentlichen Gerichten spricht, so daß insoweit das Problem der Konkurrenz zwischen der Klage vor dem ordentlichen Gericht und dem Verwaltungsstreitverfahren vor dem Verwaltungsgericht gesetzlich nicht gelöst worden ist.

II. Teil: Die historische Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG

Die Lösung der Probleme des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren, die auf Grund der geltenden gesetzlichen Regelung bestehen, kann ohne Kenntnis der historischen Entwicklung seit dem Erlaß des ABG, insbesondere der früheren Gesetzgebung und Rechtsprechung, nicht folgerichtig versucht werden. Vielfach wird erst die Kenntnis der historischen Zusammenhänge den Schlüssel für ein vernünftiges Ergebnis bei der Behandlung auch der neueren Streitfragen bilden. So ist z.B. der Übergang von der noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts weit verbreiteten justizstaatlichen Auffassung, die davon ausging, daß allein die ordentlichen Gerichte dazu berufen seien, den einzelnen gegen Übergriffe der Verwaltung zu schützen, die also auch die Verwaltung der Kontrolle durch das ordentliche Gericht unterstellt wissen wollte[2], zu der später in der

---

1) In PrGS NW S. 164; vgl. oben S. 18 FN 2.

2) So vor allem BÄHR, Rechtsstaat, S. 54, 71; vgl. auch den Überblick bei v. SARWEY S. 119 ff. und bei v. MOHL, Bd. 2, S. 328 ff.

zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts überwiegend vertretenen und auch gesetzlich verwirklichten Ansicht, daß eine eigenständige Rechtskontrolle der Verwaltung in Form einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit erforderlich sei[1], für das Verständnis der Rechtsbehelfe im Verwaltungsverfahren von besonderer Bedeutung. Vor Behandlung der eigentlichen Probleme soll daher zunächst ein Überblick über die Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren des ABG gegeben werden. In diesem Zusammenhang wird auch auf die allgemeine Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes hinzuweisen sein.

1. Abschnitt: Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des bergrechtlichen Verleihungsanspruchs bis zum Inkrafttreten des ABG

Schon im älteren deutschen Bergrecht galt der Grundsatz, daß derjenige, der eine Lagerstätte fand, dem Regalherrn gegenüber[2] einen Anspruch auf Verleihung der Bergbauberechtigung hatte[3]. Dieser Anspruch war jedoch rechtlich nicht geschützt, so daß der Regalinhaber die Verleihung versagen und sein Regal anderweitig verwerten konnte, indem er etwa das ge-

---

1) Vgl. vor allem v. GNEIST, Der Rechtsstaat, 1879. Schon zu Beginn des Jahrhunderts hatte v. WEILER (Verwaltung und Justiz, S. 23) darauf hingewiesen, daß es streitige Fälle des öffentlichen Rechts gebe, die nicht vor dem Zivilrichter entschieden werden könnten, sondern einer Administrativjustiz unterfallen müßten. - Ein Überblick über die gesamte Entwicklung findet sich bei FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 469 ff. und bei ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 1 II 1 = S. 2 f.

2) Zum Bergregal vgl. oben S.5.

3) WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 50; ZYCHA S. 172; ACHENBACH S. 207 f., 219; ERMISCH S. XXIX ff.

mutete Feld für sich reservieren und dadurch innerhalb dieses Feldes die Bergbaufreiheit ausschließen konnte[1].

Ein derartig beschränkter Verleihungsanspruch ist bereits in den ältesten, schriftlich aufgezeichneten Berggewohnheitsrechten zu finden. Er war durchweg in allen folgenden deutschen Bergordnungen anerkannt[2].

So bestand schon nach dem Iglauer Bergrecht, dessen älteste Aufzeichnung auf das Jahr 1249 zurückgeht[3], und nach dem Freiberger Recht, dessen älteste Aufzeichnung aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts stammt[4], im Falle eines Fundes ein Anspruch auf Verleihung einer Bergbauberechtigung gegen den Regalherrn[5]. Nach dem schlesischen Goldberger Recht des 14. Jahrhunderts[6] war gegen eine Weige-

---

1) NEBEL, Glückauf 1959, 1252; ARNDT, Bergregal, S. 58, 244; ARNDT, Komm., 1. Aufl., § 22 Anm. 2; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 22 Anm. 1; RB v. 15.2.1869 und v. 4.2.1870 = ZfB 10, 257, 260 und ZfB 11, 351, 352 (Gebiet der Hessischen Bergfreiheit und ehemals Großherzogl. Hessische Gebietsteile); ObTrib., Erk. v. 7.9.1874 = StriethArch. Bd. 92, S. 209 (Bezirk der Schlesischen Bergordnung v. 5. Juni 1769). - Vgl. auch WACHLER, ZfB 10, 6 f.

2) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 50 f.; KARSTEN S. 27 ff.

3) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 18 f.; ARNDT, Komm., 1. Aufl., S. 30; ARNDT, Bergregal, S. 73; MÜLLER-ERZBACH S. 62; ERMISCH S. L.

4) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 19; MÜLLER-ERZBACH S. 63; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 49; ERMISCH S. LXXI und XXVII.

5) WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 50 f.; ZYCHA S. 172; ERMISCH S. XXIX f. und S. LI.

Zum materiellen Inhalt des Iglauer und Freiberger Rechts vgl. im einzelnen WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 74 ff. u. 87 ff.

6) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 19; MÜLLER-ERZBACH S. 63, 64.

rung des Verleihungsbeamten sogar Eigenmacht zulässig[1].

Auch in den landesherrlichen Verordnungen, die während des erneuten Aufschwunges des Bergbaus im 15. Jahrhundert nach und nach das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund drängten und damit auch im Bergrecht den Übergang vom Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht einleiteten[2], findet sich regelmäßig die Vorschrift, daß demjenigen, der bestimmte Vorschriften des Gesetzes oder des bergrechtlichen Herkommens erfüllt (Fund und Mutung), ein Recht auf Verleihung des Bergbaurechts zusteht[3]. Das gilt insbesondere für die auf dem Iglau-Freiberger Bergrecht aufbauenden Bergordnungen des sich rasch entwickelnden sächsischen Bergbaugebietes, für die drei sogen. "großen" Schneeberger Bergordnungen aus den Jahren 1492, 1497 und 1500 sowie für die Sankt Annaberger Bergordnung vom 5. Februar 1509, die als besonders sorgfältig gefaßtes, umfassendes Werk und als erste gedruckte Bergordnung Deutschlands für die nachfolgende deutsche Bergrechtsentwicklung von großer Bedeutung geworden ist[4]. Unmittelbar ging aus der Annaberger Bergordnung dann die Kursächsische Bergordnung vom 12. Juni 1589 hervor, die mit zahlreichen Novellen in Sachsen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts in Kraft blieb[5]. In ihr findet sich der

---

1) ZYCHA S. 172 m. w. Nachw.

2) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 23 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 64 ff.; ERMISCH S. CXLVII; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 230 f.

3) WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 50 f.; ACHENBACH S. 207 ff., 98 f.

4) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 23; MÜLLER-ERZBACH S. 64 f.; ERMISCH S. CLV und S. CLIX f. sowie S. 102 ff., 145 ff. u. 163 ff.

5) WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 242 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 65.

Verleihungsanspruch in Art. 6, 7 normiert[1]. Neben der Annaberger und der späteren Kursächsischen Bergordnung ist vor allem die Joachimsthaler Bergordnung von 1518, die fast wörtlich diejenige von Annaberg aus dem Jahre 1509 wiedergab, als Vorbild für die Bergordnungen anderer deutscher Länder benutzt worden[2]. Auch nach der Joachimsthaler Bergordnung hatte der Finder einen Anspruch auf Belehnung mit einer Fundgrube[3].

Im Verlaufe des 16. Jahrhunderts wurde das Annaberger Recht von Nord- und Westdeutschland übernommen[4]. So sind die für den Harz erlassenen Bergordnungen von 1555 und 1593, die Cleve-Märkische Bergordnung von 1542 sowie die Nassau-Katzenelnbogische Bergordnung von 1559 und die spätere Kurkölnische Bergordnung von 1669 im wesentlichen getreue Nachbildungen der Annaberger bzw. Joachimsthaler Bergordnungen[5].

Wie für das gesamte deutsche Bergrecht wurde das sächsische und Joachimsthaler Bergrecht auch für die im 18. Jahrhundert einsetzende preußische Berggesetzgebung von grundlegender Bedeutung[6]. Dabei wurde auch die Befugnis des ersten Finders oder Muters, die Übertragung des Bergbaurechtes innerhalb einer

---

1) Abgedruckt bei BRASSERT, Bergordnungen, S. 337, 350 f.

2) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 24; MÜLLER-ERZBACH S. 65 f.; BRASSERT, Bergordnungen, S. 224 Anm.; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 233.

3) Vgl. dazu und zu den Einzelheiten des Verfahrens WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 234 f.

4) MÜLLER-ERZBACH S. 66; VOELKEL, Grundzüge, S. 24.

5) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 244 ff.; ACHENBACH S. 48 ff.; VOELKEL, Grundzüge, S. 24.

6) Vgl. ACHENBACH S. 54 f.; BRASSERT, Bergordnungen, S. 818 Anm.

bestimmten Frist zu verlangen, übernommen[1].

Eröffnet wurde die Geschichte des neueren preußischen Bergrechts durch die Renovierte Bergordnung für die Clevischen und angehörigen Lande, besonders die Grafschaft Mark vom 18. Juli 1737[2]. Aus ihr gingen unter Friedrich dem Großen die drei revidierten Bergordnungen für das Herzogtum Cleve, Fürstentum Mörs und die Grafschaft Mark vom 29. April 1766, für das souveräne Herzogtum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 5. Juni 1769 und für das Herzogtum Magdeburg, Fürstentum Halberstadt, die Grafschaften Mannsfeld, Hohenstein und Reinstein, auch inkorporierte Herrschaften vom 7. Dezember 1772 hervor[3]. Die revidierten Bergordnungen für Schlesien und Magdeburg wurden gemeinsam mit dem sächsischen Bergrecht wiederum zur Quelle der umfassenden, systematisch geordneten und der neueren Gesetzestechnik entsprechenden Berggesetzgebung des am 1. Juni 1794 in Kraft getretenen preußischen Allgemeinen Landrechts (vgl. Teil II, Titel 16 Abschnitt 4: "Vom Bergregal")[4]. Der hergebrachte Anspruch des Finders auf Verleihung der Bergbauberechtigung ist im ALR, das nach dem Publikations-Patent vom 5. Februar 1794 gegenüber dem früheren Bergrecht, insbesondere gegenüber den erwähnten drei Bergordnungen Friedrichs II. nur subsidiäre Geltung erlangte[5],

---

1) Vgl. ACHENBACH S. 98, 207 ff.; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 249.

2) WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 249; MÜLLER-ERZBACH S. 67.

3) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 29 f.; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 248 ff.; MÜLLER-ERZBACH S. 67.

4) Vgl. BRASSERT, ZfB 1, 53 ff.; ACHENBACH S. 55; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 251 ff.; MÜLLER-ERZBACH S. 67 f.

5) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 255; MÜLLER-ERZBACH S. 68.

in § 154 II 16 normiert worden. Dort heißt es:

> "Wer auf erhaltenen Schürfschein ein Stockwerk, Erzlager, Gang oder Flötz zuerst erschürft hat, ist befugt, zu verlangen, daß ihm der Bau auf das entdeckte Werk innerhalb eines gewissen Distrikts, vorzüglich vor allen anderen, verliehen werde."[1)]

Für den Rechtsschutz dieses Anspruchs hatte allerdings auch das ALR noch keine Vorsorge getroffen[2)].

Während der auf die landrechtliche Berggesetzgebung folgenden Zeit der preußischen Bergrechtsnovellen bis 1863[3)], die für die Entwicklung des Bergrechts vor allem deshalb von großer Bedeutung war, weil durch die Gesetze über die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerks vom 12. Mai 1851[4)] und über die Beaufsichtigung des Bergbaus durch die Bergbehörden und das Verhältnis der Berg- und Hüttenarbeiter vom 21. Mai 1860[5)] das in den revidierten Bergordnungen Friedrichs II. und im ALR (vgl. § 82 II 16) voll entwickelte Direktionsprinzip[6)] zunächst faktisch und dann auch ausdrücklich aufgehoben wurde, blieb der Anspruch auf Verleihung des Bergbaurechts unverändert bestehen, ohne daß er jedoch bereits rechtlich gesichert worden wäre.

---

1) Abgedruckt bei BRASSERT, Bergordnungen, S. 1104.

2) ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 3.

3) Vgl. dazu den Überblick bei WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 261 ff.

4) GS S. 265.

5) GS S. 201; ZfB 1, 1 ff.

6) Zur Entwicklung des Direktionsprinzips vgl. die Darstellung bei MÜLLER-ERZBACH S. 95 ff., insbes. S. 98 f.; vgl. auch WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 253 f. und WELLER, ZfB 106, 218 ff.

2. Abschnitt: Die Einführung des Rechtsschutzes für den Verleihungsanspruch durch das ABG und seine Ausgestaltung nach dessen ursprünglicher Fassung vom 24. Juni 1865

A. Die Übernahme des deutschrechtlichen Verleihungsanspruchs in das ABG

Das preußische Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 hat an dem alten deutschrechtlichen Anspruch auf Verleihung festgehalten[1]. Gem. § 22 ABG begründet die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums. Hierin liegt die stärkste Abweichung des ABG vom französischen Bergrecht, das einen Rechtsanspruch des Finders und Muters auf das entdeckte Mineralvorkommen nicht anerkennt, sondern es dem Ermessen der staatlichen Behörde überläßt, ob und welchem Bewerber die Bergwerkskonzession erteilt werden soll, und dem Finder lediglich eine Entschädigung für den Fund und Ersatz der Schürf- und anderen Kosten gibt[2]. Während der Gesetzgeber des ABG sonst vielfach Grundsätze der französischen Berggesetze vom 28. Juli 1791 und vom 21. April 1810, die seit der Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich im Jahre 1801 in den linksrheinischen

---

1) Vgl. KLOSTERMANN, Allgem. Berggesetz, 1. Aufl., § 22 Anm. 43; ACHENBACH S. 209; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 497.

2) Art. 16, 17 u. 46 des Berggesetzes von 1810. Vgl. dazu ACHENBACH, Franz. Bergrecht, S. 224 f. u. 226 ff.; ZfB 7, 522.
Zur Geschichte und zum Inhalt des franz. Bergrechts vgl. auch WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 358 ff., insbes. S. 365 ff.
Ein kritischer Vergleich zwischen dem Verleihungsverfahren nach dem franz. Gesetz von 1810 mit dem Verfahren nach dem ABG findet sich bei BAUR, ZfB 3, 447, 452 ff.

Landesteilen galten[1], übernommen hat, um - wie es in den Motiven heißt[2] - die Vorzüge des französischen Bergrechts mit den erprobten Grundsätzen des deutschen und preußischen Bergrechts zu verschmelzen, hat er die Vorschriften über das Schürfen und Muten mit dem für das ältere deutsche Bergrecht charakteristischen Anspruch des Muters auf Verleihung dem deutschen Recht entnommen, um mit dieser Regelung die Entwicklung der Bergbauindustrie zu fördern[3].

B. Der Rechtsschutz des Verleihungsanspruchs in der ursprünglichen Fassung des ABG

Es ist das Verdienst des Allgemeinen Berggesetzes, den Anspruch auf Verleihung der Bergbauberechtigung erstmals auf die Grundlage eines geordneten Rechtszuges gestellt zu haben. Bestimmendes Motiv des Gesetzgebers war dabei "das für den deutschen Bergbau seit Jahrhunderten bestehende Bedürfnis", den Anspruch auf Verleihung rechtlich zu sichern[4]. Mit der Gewährung des Rechtsschutzes für den Verleihungsanspruch hat das ABG dem Grundsatz der Bergbaufreiheit - hier gerichtet gegen den Staat[5] - zum endgültigen Durchbruch verholfen[6].

---

1) Vgl. ACHENBACH, Franz. Bergrecht, S. 81 ff.; VOELKEL, Grundzüge, S. 30.

2) Vgl. ZfB 6, 64 und bei HAHN S. 7.

3) Vgl. Motive, ZfB 6, 103; HAHN S. 93; BRASSERT, Bergrechtsreform, ZfB 3, 336 f.

4) Vgl. Motive, ZfB 6, 103 und bei HAHN S. 93.

5) Vgl. oben S. 1 f. und S. 3 ff.; ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 3; WESTHOFF-SCHLÜTER, ZfB 50, 50.

6) Vgl. ISAY, 1. Bd., Einl. Rdn. 3; NEBEL, Glückauf 1959, 1252, 1253.

Die Gewährung des Rechtsschutzes für den Verleihungsanspruch bedeutete die Gewährung von Rechtsschutz gegenüber dem Staat, der das Bergwerkseigentum in Ausübung seines Hoheitsrechts verleiht. Nach der Systematik des ABG kann man dabei von einem unmittelbaren Rechtsschutz (Rekurs, § 191 ABG a. F.) und von einem mittelbaren Rechtsschutz (Verleihungsklage, § 23 ABG; Einspruchsklage, § 31 ABG; Widerspruchsklage, §§ 35, 36 ABG) sprechen[1].

I. Unmittelbarer Rechtsschutz

1. Rekurs

In der ursprünglichen Fassung gewährte das ABG unmittelbaren Rechtsschutz gegenüber den Entscheidungen der Bergbehörden im Verleihungsverfahren allein in der Form des Rekurses, d.h. der Beschwerde zum Handelsminister. Nach § 191 ABG a.F. war gegen Verfügungen und Beschlüsse des Oberbergamtes der Rekurs an den Handelsminister zulässig, wenn das Gesetz ihn nicht ausdrücklich ausschloß. Gegen den Beschluß, durch den das Oberbergamt bei streitigem Anspruch des Muters gem. § 31 I ABG über die Erteilung oder Versagung der Verleihung entschied[2],

---

1) Vgl. ISAY § 22 Rdn. 6; WACHLER, ZfB 10, 7.

2) Streitig ist der Anspruch nach der Fassung des § 31 I ABG dann, wenn Einsprüche vorliegen, Rechte Dritter entgegenstehen oder die Verleihungsbehörde selbst Bedenken an der Berechtigung des Anspruchs auf Verleihung hat. Vgl. EBEL-WELLER § 31 Anm. 1.
Während bei streitigem Anspruch die Verleihung aus zwei Akten, dem Beschluß des OBA und der Ausfertigung der Verleihungsurkunde, besteht (vgl. § 32 ABG), erfolgt die Verleihung in unstreitigen Fällen nach § 30 ABG ohne vorhergehenden Beschluß des OBA durch Ausfertigung und Zustellung der Verleihungsurkunde. Vgl. ISAY § 30 Rdn. 1; Motive, ZfB 6, 115.

konnten demnach bei Versagung der Verleihung der Muter und bei erfolgter Verleihung der mit seinem Einspruch abgewiesene Dritte Rekurs zum Handelsminister erheben. Die Frist zur Einlegung des Rekurses betrug vier Wochen, § 192 ABG a.F.. Nach § 193 ABG a.F. war er beim Oberbergamt einzulegen.

Der Rekurs eröffnete die Möglichkeit, die Rechtsmäßigkeit des vom Oberbergamt erlassenen Beschlusses im Verwaltungswege durch die nächsthöhere Instanz, den Handelsminister, nachprüfen zu lassen. In den Motiven zum ABG wurde hierzu hervorgehoben, daß die Bergbehörde die Verleihung nicht willkürlich verweigern dürfe, sondern daß ihr das Gesetz ebenso zur Norm dienen müsse wie dem Richter, und daß gegen eine etwaige ungerechtfertigte Verweigerung der Verleihung seitens des Oberbergamtes der Rekurs an den Ressortminister Abhilfe gewähre[1].

2. Ausschluß des Klagerechts gegenüber der Bergbehörde

Ein Klagerecht gegen den Staat hat das ABG in seiner ursprünglichen Fassung hingegen weder dem Muter noch dem mit seinem Einspruch zurückgewiesenen Dritten zugestanden[2]. Der Muter konnte also seinen Rechtsanspruch auf Verleihung dem Staat gegenüber ebensowenig gerichtlich verfolgen, wie ein beteiligter Dritter den die Verleihung aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes im Wege der Klage angreifen konnte. Nach § 23 ABG war die Klagbarkeit des Rechtes aus der Mutung vielmehr darauf beschränkt, daß der Muter den Verleihungsanspruch gegen dritte Konkurrenten auf dem ordentlichen Rechtswege verfolgen konnte.

---

1) Vgl. Motive der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94; vgl. auch BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 1; WACHLER, ZfB 10, 15.

2) Vgl. Motive, ZfB 6, 103 f. und bei HAHN S. 94.

Entsprechend konnten dritte Konkurrenten mit der Einspruchsklage nach § 31 ABG und mit der Widerspruchsklage nach §§35, 36 ABG lediglich gegen den Bergwerkseigentümer vorgehen.

Der Ausschluß des Klagerechts gegen den Staat erklärt sich aus der bei der Schaffung des ABG noch nachwirkenden Auffassung der absolutistischen-polizeistaatlichen Epoche, nach der es gegen hoheitliche Maßnahmen des Landesherrn, zu denen die Verleihung gehörte, keinen Rechtsschutz gab. Dem stand die Souveränität entgegen[1]. Der Landesherr wurde als eigentlicher Träger der Aufgabe der Verfolgung des Staatszweckes angesehen. Dabei hatte seine Macht dem Untertanen gegenüber keine rechtlichen Grenzen. Die Verantwortlichkeit vor Gott und seinem Gewissen und die vernünftige Erwägung des Zweckmäßigen und Tunlichen bildeten seine einzigen Schranken[2]. Das öffentliche Recht wurde als Recht nicht anerkannt, da der Staat, d.i. der Landesherr, der absolute Herr aller öffentlichen Angelegenheiten war[3]. Allein mit Hilfe der Konstruktion der sogen. Fiskustheorie wurde dem einzelnen ein gewisser Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung gewährt. Nach dieser Theorie wurde der Staat in zwei Rechtssubjekte zerlegt, den eigentlichen Staat, der die öffentliche Gewalt ausübte, und den Fiskus als "Erwerbsgesellschaft" oder juristische Person des Zivilrechts, der den Staat in allen zivilrechtlichen Vermögensverhältnissen vertrat, die sich an die Ausübung der öffentlichen Gewalt knüpften. Der Fiskus unterlag den Regeln des Zivilrechts und unterstand infolgedessen der bestehenden Zivilrechtspflege. Das wurde dadurch ermöglicht, daß man den Fiskus als Untertan des Staates ansah. Denn der

---

1) H.J. WOLFF, VerwR I, § 8 = S. 34 ff.

2) Otto MAYER S. 38 ff., insbes. S. 39; H.J. WOLFF, VerwR I, § 8 S. 36 f.

3) Otto MAYER S. 47 m. w. Nachw.

eigentliche Staat, der die obrigkeitliche Gewalt hatte, konnte nicht unter seinen Gerichten stehen, und das Zivilrecht galt nicht für ihn[1]. Der Rechtsschutz wurde nun dadurch erleichtert, daß in manche hoheitliche Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger ein zivilrechtliches Verhältnis hineinkonstruiert wurde[2]. Nach dem Satz "Dulde und liquidiere" konnte danach der Fiskus wegen der vermögensrechtlichen Folgen obrigkeitlicher Eingriffe in Anspruch genommen werden[3].

Ganz im Sinne dieser polizeistaatlichen Auffassung heißt es bei von Beughem[4], der Generalreferent der vom Haus der Abgeordneten zur Beratung des Regierungsentwurfs des ABG eingesetzten Kommission und später Berichterstatter des Abgeordnetenhauses war[5], daß durch eine unrechtmäßige, in höherer Instanz aufrecht erhaltene Zurückweisung eines Verleihungsgesuches keine Klage gegen den Staat oder den Fiskus

---

1) Vgl. Otto MAYER S. 49 ff. m. w. Nachw.

2) So nahm man an, daß der Staat den Beamten durch die Ernennung unter seine besondere Befehlsgewalt nahm, während der Fiskus ihm in einem zivilrechtlichen Vertrag die Gehaltszahlung versprach. - Weitere Beispiele: Enteignung als Zwangskauf; Erstattung zweimal eingezogener Steuern durch den Fiskus nach Bereicherungsgrundsätzen; Zahlung einer angemessenen Vergütung durch den Fiskus bei Auferlegung eines Sonderopfers durch den Staat.

3) Vgl. Otto MAYER S. 52 f.; FORSTHOFF, Lb., § 6 = S. 99; H.J. WOLFF, VerwR I, § 8 = S. 36 f.

4) Das allgemeine Berggesetz S. 88.

5) Vgl. bei HAHN S. 24; Verhandlungen des Landtages, ZfB 6, 293.

begründet werde[1]. Von Beughem begründet seine Auffassung mit dem Hinweis auf die Kabinetsorder Friedrich Wilhelms III. vom 4. Dezember 1831[2], in der es heißt:

> "Auch ist, nach den uns vorliegenden Verhandlungen, darüber kein Zweifel angeregt, daß ein privatrechtlicher Widerspruch wider den Akt des Hoheitsrechts selbst nicht Statt finde, wohl aber ist behauptet worden, daß ein Anspruch aus den Folgen und Wirkungen dieses Aktes nicht wider die Person des Landesherrn, sondern wider das Staatsvermögen, Behufs der Entschädigung, zulässig sey. ... Allein so wenig der Souverain, in Ausübung seiner Hoheitsrechte selbst, von der Einwirkung irgend einer Gerichtsbarkeit abhängt, so wenig hat derselbe die Folgen dieses Gebrauchs seiner Rechte in einem gerichtlichen Verfahren zu verantworten, und die Meinung, als ob in solchen Fällen der Anspruch nicht wider den Souverain, sondern wider den Fiskus gerichtet sei, beruhet auf einer gänzlichen Verwechselung der Rechtsverhältnisse; denn theils kann eine rechtliche Verbindlichkeit des durch die fiskalische Behörde vertretenen Staatsvermögens, die aus einem Akt des Souverains abgeleitet wird, nicht anders erörtert und entschieden werden, als daß das Recht des Souverains, diesen Akt vermöge seiner Landeshoheit auszuüben, der gerichtlichen Kognition unterworfen wird, welches

---

1) Allerdings hatte gerade von Beughem zuvor in eigenen Bemerkungen zu dem im Jahre 1862 veröffentlichten, von Brassert ausgearbeiteten "Vorläufigen Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten (Redigirt im Ministerium f.Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten)" dafür plädiert, dem Muter das Recht zuzugestehen, gegen die verleihende Behörde zu klagen, wenn diese ihm aus irrigen Rechtsansichten die Verleihung verweigere, ein konkurrierender Muter, der in Anspruch genommen werden könnte, aber nicht vorhanden sei. Denn, so begründet von Beughem dort seine Ansicht, in dem Begriffe des Rechtsanspruches auf Verleihung liege auch die unbedingte Verfolgbarkeit desselben. Zumindest müsse dem Muter jedoch die Regreßklage gegen die verleihende Behörde ausdrücklich eingeräumt werden, wenn die Behörde die Verleihung ohne rechtlichen Grund verweigere. Vgl. von BEUGHEM, Bemerkungen, S. 20.

2) GS S. 255 ff.

als unstatthaft anerkannt ist, und bei der Unabhängigkeit des Souverains, der, als solcher, keinen Gerichtsstand vor den Landesgerichten hat, unausführbar seyn würde, theils ist weder der Fiskus verpflichtet, weil er die Handlung des Souverains nicht zu verantworten hat, noch die fiskalische Behörde zur Einlassung auf den Prozeß legitimiert, weil sie nicht zur Vertretung der Hoheitsrechte des Souverains bestellt ist."

Auch in den Motiven des Regierungsentwurfes und der Kommission des Herrenhauses zu § 23 ABG spiegelt sich die absolutistisch-polizeistaatliche Rechtsauffassung wider. Dort heißt es:

"Nach dem gegenwärtigen Rechte wird dem Muther ungeachtet der teilweise privatrechtlichen Auffassung des Bergregals ein Klagerecht gegen den Staat zur Geltendmachung seines Rechtsanspruches nicht zugestanden. Dieser Grundsatz muß um so mehr aufrecht erhalten werden, als der Entwurf die lediglich in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehörigen Hoheitsrechte an die Stelle des Bergregals setzt."[1]

"Gegen den § 23 wurde von einer Seite hervorgehoben, daß er, richtig aufgefaßt, etwas bestimme, was sich von selbst verstehe, nämlich, daß die Bergbehörde als dasjenige Organ, welches auf dem hier in Rede stehenden Gebiet den Staat als solchen, d.h. in der Ausübung seiner Hoheitsrechte vertrete, nicht im Wege Rechtens in Anspruch genommen werden könne. Man würde sonst die richterliche Gewalt über die Staatsgewalt als solche setzen und den Richter souverain machen."[2]

Allerdings ist in den Beratungen der Kommission des Herrenhauses auch die Meinung geäußert worden, es verletze den Grundsatz des § 22 ABG, wenn der Rechtsweg gegen die Bergbehörde nicht eröffnet werde. Da die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende

---

1) Motive des Regierungsentwurfs, ZfB 6, 103 f. und bei HAHN S. 94.

2) Motive der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94 f.

Mutung Gegenstand eines dem Staat gegenüber erworbenen Rechtsanspruches sei, so müsse dieser, wenn er verletzt werde, wider den Staat im Rechtswege geltend gemacht werden können[1]. In dieser Auffassung wird die absolutistische Staatsauffassung bereits überwunden. Zwar sollte der Verleihungsanspruch gegen den Staat auf dem Rechtswege, d.h. vor dem Zivilgericht, und nicht vor einem besonderen Verwaltungsgericht verfolgt werden können. Das erklärt sich aber aus der im Anfang und in der Mitte des 19. Jahrhunderts im Schrifttum noch weit verbreiteten justizstaatlichen Theorie, die auch die Verwaltung der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte unterstellt wissen wollte[2]. Die justizstaatliche Auffassung lehnte zwar die sogen. Fiskustheorie[3] mit ihrer Unterscheidung zwischen Staatsgewalt und Fiskus ab und wollte den Staat auch in seiner hoheitsrechtlichen Eigenschaft einer Rechtsprechung unterwerfen; besondere Gerichte des öffentlichen Rechts hielt sie jedoch nicht für angezeigt, da die Trennung der Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts die notwendige Einheit der Justiz zerstören würde und eine sichere Grenzziehung auf dem Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts niemals zu erreichen sein werde[4].

In der Kommission des Herrenhauses wurde die Klagbarkeit des Verleihungsanspruchs gegen den Staat nicht nur erörtert, sondern auch ein Antrag einge-

---

1) Vgl. bei HAHN S. 94 f.. Dieselbe Ansicht hatte zuvor schon von BEUGHEM in seinen Bemerkungen zu dem Vorläufigen Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes von 1862 vertreten; vgl. dazu oben S. 32 FN 1.

2) FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 469 ff.; vgl. auch oben S. 19.

3) Vgl. oben S. 30 f.

4) Vgl. BÄHR, Rechtsstaat, S. 54 ff., 71.

bracht, der dieser Rechtsauffassung entsprach. Danach sollte § 23 ABG neu gefaßt werden, da er nach der Fassung des Regierungsentwurfes die Deutung zulasse, daß der Bergbehörde gegenüber der Rechtsweg verschlossen sei, wenn sie dem § 22 zuwider die Verleihung verweigere. Der Antrag wurde jedoch von der Kommission des Herrenhauses abgelehnt, die schließlich dem § 23 in der Fassung des Regierungsentwurfes zustimmte, wonach der Verleihungsanspruch auf dem Rechtswege nur gegen dritte Konkurrenten verfolgt werden kann, die ein besseres Recht behaupten[1].

Die ältere Literatur zum ABG hat sich bei der Begründung für den Ausschluß des Klagerechtes gegen den Staat der in den Motiven zum ABG wiedergegebenen Argumentation weitgehend angeschlossen und sie vielfach sogar wörtlich übernommen[2]. Auch dort heißt es entsprechend der damaligen Staatsauffassung, es sei nach den Grundsätzen des Staatsrechts selbstverständlich, daß der Muter keinen privatrechtlichen Anspruch auf Erteilung der Verleihung gegen die Bergbehörde besitzen und im Wege der Klage verfolgen könne, da die Bergbehörde über den Anspruch des Muters durch die Erteilung oder Versagung der Verleihung in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts entscheide[3].

---

1) Vgl. bei HAHN S. 95.

2) Vgl. ARNDT, 1. Aufl., § 22 Anm. 2 u. § 23 Anm. 1; v. BEUGHEM S. 88; KLOSTERMANN, 1. Aufl., § 23 Anm. 6; WACHLER, Komm., § 23 Anm. 3 und ZfB 10, 7 f.; OPPENHOFF § 23 Anm. 179, 180, 182; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 1; SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 2; BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 1; MÜLLER-ERZBACH S. 162.

3) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 1; vgl. auch ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 513 f.

Die Klage gegen den durch die Bergbehörde vertretenen Staat wurde aber nicht nur insoweit als ausgeschlossen angesehen als es sich um die unmittelbare Durchsetzung des Verleihungsanspruchs handelte. Auch eine Amtshaftungsklage gegen den Staat wegen gesetzeswidriger Handlungen der Beamten des Oberbergamtes bei der Erteilung oder Versagung der Verleihung war ausgeschlossen. Bei pflichtwidrigem Verhalten konnten nur die Beamten selbst in Anspruch genommen werden. Allein gegen sie war die Regreßklage zulässig. Dabei wurde zur Begründung der Klage über den Nachweis der Unrechtmäßigkeit der Amtshandlung hinaus der Beweis verlangt, daß der Beamte die Pflichtverletzung absichtlich begangen hatte[1]. - Der Ausschluß der Amtshaftungsklage gegen den Staat entsprach ebenso wie die Verneinung des Klagerechtes zur Durchsetzung des Verleihungsanspruchs gegen den Staat der absolutistischen Staatsauffassung mit ihrer Unterscheidung von eigentlichem Staat und Fiskus[2]. Der Staat als solcher konnte bei der Ausübung der Staatshoheit privatrechtlich nicht haftbar werden[3]. Daß der Beamte, der seine Befugnisse überschreitet und Rechte des einzelnen verletzt, dem Geschädigten persönlich haftet, war schon im gemeinen Recht und im ALR anerkannt. Der Landesherr stand jedoch nur für die rechtmäßigen Handlungen seiner Diener ein[4].

---

1) Vgl. WACHLER, ZfB 10, 7 f.; KLOSTERMANN, 1. Aufl., § 23 Anm. 44 a.E.; OPPENHOFF § 23 Anm. 181; v. BEUGHEM S. 88.

2) Vgl. oben S. 30 f. und S. 34.

3) Vgl. Otto MAYER S. 183 f.; v. RÖNNE, 3. Bd., S. 568 ff. u. S. 583 f.

4) Vgl. SCHEUNER, Jellinek - Gedächtnisschrift, S. 336 f.; SOERGEL-SIEBERT-GLASER § 839 Rdn. 3.

II. Mittelbarer Rechtsschutz

1. Verleihungs-, Einspruchs- und Widerspruchsklage

Wenn das ABG in seiner ursprünglichen Fassung auch von dem allgemeinen Grundsatz ausging, daß gegen hoheitsrechtliche Akte der Bergbehörde die Klage auf dem Rechtswege nicht zugelassen werden könne, so hat es diesen Grundsatz jedoch insoweit modifiziert, als es ein mittelbares Vorgehen gegen die im Verleihungsverfahren erlassenen hoheitlichen Akte der Bergbehörde zugelassen hat[1].

Überall dort, wo bei der Verleihung des Bergwerkseigentums einander entgegenstehende bergrechtliche Ansprüche verschiedener Personen bestehen, hat das ABG für den Streit zwischen den Beteiligten den ordentlichen Rechtsweg eröffnet. So kann nach § 23 ABG der mit seinem Anspruch abgewiesene Muter gegen diejenigen Personen, die ihm die Behauptung eines "besseren Rechts" entgegensetzen[2], die Verleihungsklage vor dem ordentlichen Gericht erheben. Konkurrierende Dritte, deren im Verleihungsverfahren erhobene Einsprüche und Ansprüche vom Oberbergamt abgewiesen worden sind, können nach § 31 ABG binnen einer Frist von drei Monaten nach Zustellung des Oberbergamtsbeschlusses (bzw. des Rekursbescheides, vgl. § 31 II a.F.) die Einspruchsklage gegen denjenigen richten, dem das Bergwerkseigentum verliehen worden ist. Schließlich können gemäß §§ 35, 36 ABG ältere Muter mit einem vermeintlichen Vorzugsrecht und Bergwerkseigentümer, die nach § 55 ABG ein Mutungsvorrecht zu haben glauben, innerhalb einer

---

1) Vgl. WACHLER, ZfB 10, 7; ISAY § 22 Rdn. 6.

2) Hier kommen vor allem das Mutungsvorrecht nach § 24 ABG (Findervorrecht), nach § 25 ABG (Vorrecht des älteren Muters) und nach § 55 ABG (Vorrecht des Bergwerkseigentümers) in Betracht; vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 23 Rdn. 2.

Frist von drei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung der Verleihung vor dem ordentlichen Gericht die Widerspruchsklage gegen den Bergwerkseigentümer erheben, wenn über ihr Vorzugsrecht nicht bereits im Verleihungsverfahren verhandelt und in dem Beschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG entschieden worden ist[1].

Der mittelbare Rechtsschutz gegenüber den hoheitlichen Akten der Bergbehörde liegt nun darin, daß die Urteile der Zivilgerichte, die auf die genannten Klagen hin ergehen, nicht nur unter den Parteien wirken, sondern auch das Oberbergamt binden, soweit sie eine von der Entscheidung des Oberbergamtes (bzw. von dem Rekursbescheid des Handelsministers) abweichende Feststellung treffen (vgl. § 35 IV ABG)[2]. Auf Vorlegung des rechtskräftigen Urteils hat das Oberbergamt also z.B. dann, wenn der Verleihungsklage nach § 23 ABG stattgegeben worden ist, ohne weitere eigene Nachprüfung die Verleihung vorzunehmen, d.h. die Verleihungsurkunde auszufertigen und die etwa entgegenstehende, früher an den Beklagten erfolgte ältere Verleihung aufzuheben[3].

Aus dem Umstand, daß die Entscheidung des ordentlichen Gerichts für das Oberbergamt materiell maßgebend ist, kann jedoch nicht gefolgert werden, daß das Gericht in den Verfahren nach §§ 23, 31, 35 ABG auf Aufhebung der Entscheidung der Bergbehörde erkennen kann. Da das Oberbergamt nicht Partei des Prozesses ist, darf

---

1) Dann ist nur die Einspruchsklage nach § 31 II ABG möglich.

2) KLOSTERMANN, 1. Aufl., § 23 Anm. 6; WACHLER, ZfB 10, 15; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 f.; KÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 10; VOELKEL, Grundzüge, S. 90; ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RB v. 15.11.1877 = ZfB 19, 130, 131.

3) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2; ISAY § 23 Rdn. 10.

das Gericht vielmehr nur auf Feststellung des besseren Rechts des Klägers erkennen. Dementsprechend sind die Klagen nicht als Leistungsklagen, sondern als Feststellungsklagen zu erheben[1].

2. Begründung der Klagbarkeit des Rechts aus der Mutung gegenüber dritten Konkurrenten

Während die Eröffnung des Rechtsweges für den gegen die Bergbehörde gerichteten Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums wegen dessen hoheitsrechtlicher Natur bei der Schaffung des ABG nicht für zulässig erachtet wurde, hielt man die Klagbarkeit des Rechts aus der Mutung gegen dritte Konkurrenten für unbedenklich, da der Streit zwischen diesen Personen sich lediglich auf privatrechtlichem Gebiete bewege[2]. Eine nähere Begründung dieser Auffassung findet sich aber weder in den Materialien zum ABG noch in der älteren Literatur. Erst im Zusammenhang mit der Frage des Gerichtsstandes für die Klagen aus §§ 23, 31, 35 ABG ist die Rechtsnatur des aus der Mutung folgenden Rechts eingehend erörtert worden. Eine abschließende Lösung wurde dabei jedoch nicht gefunden.

Im Anschluß an die schon vor dem Inkrafttreten des ABG sowohl für das Rechtsgebiet des ALR[3] als auch

---

1) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 b; MÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 6, § 31 Rdn. 14, § 35 Rdn. 7; App.=Gericht Naumburg, Urt. v. 15.11.1869 = ZfB 11, 334, 342; RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41, 223; RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537.

2) So die Motive, vgl. ZfB 6, 104 u. bei HAHN S. 94. Ebenso schon die Erläuterungen zu dem 1862 veröffentlichten Vorläufigen Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes (S. 46) und später BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 1 sowie KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2.

3) ObTrib., Erk. v. 19.3.1858 = ObTribE, 38, 341 und Erk. v. 7.3.1859 = ObTribE 40, 279; vgl. auch KLOSTERMANN, Übersicht, S. 105 ff.

für die Geltungsbereiche des gemeinen Rechts[1] und des rheinischen Rechts[2], also für alle drei Rechtsgebiete Preußens herrschende Auffassung wurde auch nach der Einführung des ABG zunächst überwiegend die Auffassung vertreten, daß das Recht aus der Mutung ein privates, dingliches Recht sei. Dementsprechend wurde für die erwähnten Klagen der dingliche Gerichtsstand als gegeben angesehen[3]. An dieser Rechtsauffassung haben die Rechtsprechung unter Führung des Reichsgerichts und die Verwaltungspraxis bis zuletzt festgehalten[4].

Soweit überhaupt Begründungen für die Ansicht gegeben wurden, daß die rechtsgültige, d.h. den formellen und materiellen Vorschriften entsprechende Mutung ein privates Recht mit dinglichem Charakter begründe, wichen die Konstruktionen im einzelnen erheblich voneinander ab. Einmal wurde die Dinglichkeit des aus der Mutung folgenden Rechts auf eine Belastung der von dem begehrten Felde überdeckten Grundstücke zurückgeführt, da die in der Mutung bezeichneten Mineralien nicht herrenlos, sondern Substanzteile des Grund und Bodens seien, an dem der Muter nach § 21 ABG ein dingliches Recht zur Vornahme von Versuchsarbeiten haben könne[5]. Zum

---

1) Justizsenat zu Ehrenbreitstein, Erk. v. 26.1.1860 = ZfB 1, 234, 236.

2) LG Bonn, Erk. v. 21.7.1857 = ZfB 2, 124; LG Aachen, Erk. v. 23.12.1868 = ZfB 10, 411.

3) Vgl. WACHLER S. 123; OPPENHOFF S. 41 Anm. 174, S. 43 Anm. 186; KLOSTERMANN, Lb., S. 87; KLOSTERMANN, Komm., 4. Aufl., S. 88; ACHENBACH, Deutsches Bergrecht, Bd. 1, S. 429 (405); BARON, ZfB 19, 43, 55; DERNBURG, Lb., 1. Bd., S. 646; STROHN, StriethArch., Bd. 33 S. 351, 367.

4) RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225 ff. = ZfB 29, 401 = DAUBENSPECK I S. 17; Schreiben d. Finanzmin. v. 12.1.1905 = ZfB 46, 403; RG, Urt. v. 8. 2.1910 = RGZ 73, 121, 124 = ZfB 52, 122, 125.

5) ACHENBACH, Deutsches Bergrecht, 1. Bd., S. 429.

anderen sah man die gefundene Lagerstätte, das gemutete Mineral unmittelbar als Gegenstand des durch die Mutung erlangten Rechts an, das sich also seinem Gegenstand nach von dem Bergwerkseigentum nicht unterscheide[1]. Die erste Auffassung hing damit zusammen, daß man die Mineralien vor der Verleihung früher vielfach als im Eigentum des Grundeigentümers stehend ansah[2], so daß der Ausschluß der Mineralien vom Verfügungsrecht des Grundeigentümers nach § 1 ABG als dingliche Belastung des Grundeigentums erschien, welche wiederum die Grundlage für das durch Fund und Mutung begründete Recht und das Bergwerkseigentum selbst bildete. Die zweite Ansicht beruhte hingegen darauf, daß man die verleihbaren Mineralien als herrenlos ansah[3], so daß - wie man meinte - nichts entgegenstand, die mit der Mutung in Anspruch genommenen Mineralien selbst als Gegenstand des durch letztere begründeten Rechts anzunehmen[4].

Das Reichsgericht hat in dem grundlegenden Urteil vom 14. April 1888, indem es den dinglichen Charakter des durch die Mutung begründeten privaten Rechts bejaht hat, zunächst scharf zwischen zwei Seiten der Mutung unterschieden: Auf der einen Seite begründe die Mutung gegenüber der Bergbehörde einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehr-

---

1) Vgl. KLOSTERMANN, Komm., 4. Aufl., S. 88, der von einem resulutiv bedingten Bergwerkseigentum spricht, sowie BARON, ZfB 19, 43, 54, der das Recht als beginnendes Bergwerkseigentum definiert; ähnlich STOBBE, Lb., 2. Bd., S. 553, der das Recht aus der Mutung als bedingtes Aneignungsrecht bezeichnet. Vgl. auch ObTrib., Erk. v. 19.3.1858 (ObTribE 38, 341 ff.), abgedruckt bei KLOSTERMANN, Übersicht, S. 105, 106.

2) Vgl. z.B. ACHENBACH, Deutsches Bergrecht, 1. Bd., S. 110 - 114, 429.

3) Vgl. z.B. KLOSTERMANN, Komm., 4. Aufl., S. 71; § 6 II 16 ALR; STROHN, StriethArch, Bd. 33 S. 363.

4) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 230 f.

ten Felde. Dieser Anspruch sei kein Privatrecht, sondern die gesetzliche Anwartschaft auf das durch einen Akt der Staatsgewalt erst noch zu begründende Bergwerkseigentum. Mit diesem gegen die Bergbehörde gerichteten Anspruch erschöpfe sich aber die rechtliche Wirkung der Mutung nicht. Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung bewirke vielmehr weiterhin, daß das begehrte Feld aus dem Bergfreien ausscheide und gegenüber späteren Mutungen geschlossen werde (§ 25 ABG), und zwar unbedingt dann, wenn der Muter zugleich der erste Finder sei (§ 24 ABG). Selbst durch Verleihung könne der spätere Muter dann ein Bergwerkseigentum zum Nachteil des besser berechtigten Muters nicht mehr erwerben; er bleibe vielmehr der Anfechtungsklage des letzteren nach § 35 ABG ausgesetzt. Diese von der Entscheidung der Staatsbehörde unabhängige Folge der Mutung verleihe ihr einen privatrechtlichen Charakter[1]. Zur Begründung der Dinglichkeit dieses privaten Rechts hat sich das Reichsgericht keiner der beiden oben erwähnten Theorien angeschlossen. Es hat vielmehr ausgeführt, schon aus dem Umstand, daß durch die Klage aus der Mutung auch das bereits verliehene Bergwerkseigentum beseitigt werden könne (§ 35 ABG), sei zwingend zu schließen, daß die Mutung ein dingliches Recht begründe. Denn nur ein dingliches Recht vermöge bei der Kollision mit einem später entstandenen Eigentum oder einem anderen dinglichen Recht das letztere zu überwinden[2]. Welche Sache als Gegenstand des Rechts des Muters anzusehen und in welcher Art dieselbe der Herrschaft des Berechtigten unterworfen sei, könne (für die Frage des dinglichen Gerichtsstandes)

---

1) RG, Urt. v.14.4.1888 = RGZ 21, 225, 227 f. = ZfB 29, 401, 403 f.. In ganz ähnlicher Weise hatte zuvor schon ACHENBACH (Deutsches Bergrecht S.427 f.) zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privatrechtlichen Seite der Mutung unterschieden.

2) RG a.a.O. S. 229.

dahingestellt bleiben, da das Recht aus der Mutung gleichviel, ob man es nun als ein Recht am Grundeigentum oder als ein Recht an den zur Verleihung begehrten, von Grund und Boden tatsächlich noch ungetrennten Mineralien ansehe, in jedem Falle ein dingliches und sein Gegenstand eine unbewegliche Sache sei[1].

Die Auffassung von der dinglichen Natur des durch eine rechtsgültige Mutung begründeten Privatrechts hat in der Bergrechtsliteratur später überwiegend Widerspruch gefunden. Bedenken gegenüber dieser Meinung haben zuerst Westhoff und Schlüter geäußert. Sie sind zwar wie das Reichsgericht davon ausgegangen, daß mit der Mutung auch ein privates, jedem Dritten gegenüber wirksames und damit absolutes Recht entstehe, wonach das begehrte Feld zugunsten des Muters aus dem Bergfreien ausscheide und späteren Mutungen gegenüber geschlossen werde. Mit Bezug auf Laspeyres, der das Bergwerkseigentum kurz zuvor als zwar absolutes, nicht jedoch auch dingliches Recht gekennzeichnet hatte[2], haben Westhoff und Schlüter dann aber die Dinglichkeit des aus der Mutung folgenden Privatrechts angezweifelt. Es sei nicht ohne Bedenken, das aus der Mutung entspringende absolute Recht als dingliches Recht an einer fremden Sache, sei es an den betreffenden Grundstükken, sei es an den in ihnen enthaltenen Mineralien, anzusehen[3]. Später hat Thielmann die Dinglichkeit des Rechts mit der Begründung verneint, daß die Mutung - im Gegensatz zum Bergwerkseigentum - keine unmittelbare Herrschaft über die Mineralien gebe, sondern nur eine Anwartschaft auf ein den dinglichen Rechten gleichstehendes Recht, die sich Dritten ge-

---

1) RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 229, 232.

2) LASPEYRES S. 16 ff.

3) WESTHOFF-SCHLÜTER, Komm., 2. Aufl., § 12 Anm. 1, § 23 Anm. 4 b.

genüber darin erschöpfe, diese zu hindern, ihrerseits ein Recht auf die Mineralien zu erwerben[1]. Ähnlich wie Westhoff-Schlüter hat schließlich Gottschalk die Dinglichkeit des Rechts damit verneint, daß die Mutung, die lediglich einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums begründe, noch viel weniger als das Bergwerkseigentum selbst als dingliches Recht betrachtet werden könne[2].

III. Das Verhältnis des unmittelbaren zum mittelbaren Rechtsschutz

Das Verhältnis des Rekurses zu den Zivilklagen der §§ 23, 31, 35 ABG war in manchen Punkten zweifelhaft[3].

Solange nicht dritte Konkurrenten denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nahmen und es infolgedessen an solchen Personen fehlte, "die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzten" (vgl. § 23 ABG), konnte der Verleihungsanspruch allein mit dem Rekurs auf dem Verwaltungswege verfolgt werden[4]. Das Konkurrenzproblem entstand also erst dann, wenn ein Dritter denselben Mutungsgegenstand beanspruchte. Einmütigkeit bestand nun darüber, daß die Einlegung des Rekurses die spätere

---

1) Vgl. KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 3 = S. 78 und § 12 Anm. 3 = S. 50.

2) Vgl. BRASSERT-GOTTSCHALK, vor § 12 = S. 59 f.; anders noch BRASSERT in der 1. Aufl. des Komm. S. 84.
Gegen die Auffassung der Mutung als dingliches Recht auch MÜLLER-ERZBACH (S. 151) und ARNDT (Komm., 9. Aufl., § 12 Anm. 1), der jedoch im Gegensatz zu MÜLLER-ERZBACH (vgl. S. 163) gleichwohl den dinglichen Gerichtsstand für maßgebend hält.

3) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 4 d.

4) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 3; BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 2.

Erhebung der Verleihungsklage bzw. Einspruchsklage nicht ausschloß[1]. Ungeklärt blieb jedoch, ob die Klagen vor dem ordentlichen Gericht auch wahlweise neben dem Rekurs zulässig waren[2]. Überwiegend wurde angenommen, daß die Klagen vorbehaltlich der sich aus der Natur der Sache ergebenden Ausnahmen[3] unzulässig seien, solange das Verwaltungsverfahren noch schwebe, d.h. gegen den Beschluß des Oberbergamtes der Rekurs noch statthaft sei, oder - falls Rekurs eingelegt sei - solange der Handelsminister noch nicht entschieden habe. Diese Auffassung wurde damit begründet, daß es als unstatthaft erscheine, unter Umgehung der nach den Vorschriften des ABG geregelten administrativen Instanz sofort den Rechtsweg zu beschreiten[4].

3. Abschnitt: Die Einführung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in das Verleihungsverfahren des ABG

A. Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Klage

Durch die Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907, die vor allem dadurch bekannt ist, daß sie die Salze und im überwiegenden Teil des Staatsgebietes auch die Steinkohle dem Staatsvorbehalt unterworfen hat,

---

1) Vgl. ISAY § 31 Rdn. 7; VOELKEL, Grundzüge, S. 91; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 8 = S. 94.

2) So ISAY § 23 Rdn. 2 = S. 252 und wohl auch VOELKEL, Grundzüge, S. 91. Beide Autoren hielten aber für den Fall, daß zunächst Rekurs erhoben wurde, die Zivilklagen erst nach der Erledigung des Rekurses für zulässig.

3) Siehe z.B. den Fall der Widerspruchsklage nach § 35 ABG, in dem die Einlegung des Rekurses nicht in Frage kam.

4) OPPENHOFF § 23 Anm. 184; OPPENHOFF, Ressortverhältnisse, S. 146 Anm. 419; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 31 Anm. 1; RG, Urt. v. 7.5.1898 = ZfB 39, 497, 501.

wurde auf dem Gebiet des Mutungs- und Verleihungswesens das Verwaltungsstreitverfahren eingeführt.

Das Verwaltungsstreitverfahren hatte schon vorher durch die sogen. Arbeiterschutznovelle vom 14. Juli 1905[1] erstmals Eingang in das ABG gefunden. Durch sie waren in das ABG obligatorische ständige Arbeiterausschüsse eingeführt worden (vgl. § 80 f ABG a.F.), deren Aufgabe es war, auf ein gutes Einvernehmen innerhalb der Belegschaft und zwischen der Belegschaft und dem Arbeitgeber hinzuwirken[2]. Nach § 80 f III ABG a.F. war aber zugleich dem Oberbergamt das Recht zugesprochen worden, diese Ausschüsse aufzulösen, wenn sie ihre Befugnisse überschreiten sollten. Um gegen derartige, möglicherweise politisch gefärbte Beschlüsse des Oberbergamtes einen Rechtsschutz zu schaffen, hatte das Abgeordnetenhaus in dem § 192 a ABG a.F. gegen diese Beschlüsse die Verwaltungsklage vor dem Bezirksausschuß[3] gem. §§ 50 ff. AllgLVG eingeführt. In zweiter Lesung wurde dann § 192 a um einen zweiten Absatz ergänzt, durch den auch gegen die die Arbeitszeit betreffenden Entscheidungen des Oberbergamtes nach § 197 I ABG die Verwaltungsklage gegeben wurde, wobei aber, da hier bergtechnische Gesichtspunkte eine Rolle spielten, als zuständige Behörde später nicht der

---

1) GS S. 307 = ZfB 46, 443.

2) Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 228.

3) Vgl. hierzu §§ 28 ff. AllgLVG v. 30. Juli 1883 (GS S. 195 ff.).
Durch Art. IV der Novelle v. 28. Juli 1909 (GS S. 677 = ZfB 50, 434 ff.) wurde später entsprechend der Regelung in § 192 a II auch für die Fälle des § 192 a I der Bergausschuß an die Stelle des Bezirksausschusses gesetzt, da auch zur Prüfung der Frage, ob ein Arbeiterausschuß seine Zuständigkeit überschritten habe, besondere technische Kenntnisse als notwendig erschienen, welche die den Verhältnissen des Bergbaus ferner stehenden Bezirksausschüsse kaum haben konnten (vgl. Begründung zum Entwurf des Gesetzes vom 28. Juli 1909 = ZfB 50, 309, 342).

Bezirksausschuß, sondern der zu diesem Zweck neu geschaffene Bergausschuß (§ 194 a ABG a.F.) bestimmt wurde[1].

Die Einführung des Verwaltungsstreitverfahrens in das ABG durch die Novelle vom 14. Juli 1905 entsprach dem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts allgemein hervorgetretenen Bestreben, die

---

1) Vgl. ISAY § 192 a Rdn. 1; REUSS, ZfB 46, 478, 515 ff.
Der Bergausschuß, der bei jedem Oberbergamt als erste Instanz des Verwaltungsstreitverfahrens errichtet wurde, bestand aus Abteilungen, und zwar aus je einer Abteilung für jede Provinz, in der innerhalb des Oberbergamtsbezirkes Bergbau umging. Jede Abteilung setzte sich aus dem Berghauptmann oder dessen Stellvertreter als Vorsitzendem und aus 6 weiteren Mitgliedern zusammen, von denen 2 aus den Mitgliedern des Oberbergamtes durch den Minister für Handel und Gewerbe ernannt wurden, während die 4 anderen Mitglieder für jede Abteilung durch den Provinzialausschuß der Provinz, für welche die Abteilung bestand, gewählt wurden. 3 Mitglieder mußten Einwohner der Provinz sein, 1 Mitglied mußte einem Oberlandesgericht der Provinz angehören. Vgl. § 194 a ABG i.d.F. d. Ges.v. 14. Juli 1905 (ZfB 46, 443, 448 f.); VOELKEL, Grundzüge, S. 52; EBEL, ZfB 97, 56, 57 f.
Da den ernannten Mitgliedern des Bergausschusses im Gegensatz zu denen des Bezirksausschusses die richterliche Unabhängigkeit fehlte, war die Einrichtung des Bergausschusses als unabhängiges Gericht nur mangelhaft. Bedenklich war auch, daß der Berghauptmann und 2 Oberbergamtsmitglieder Entscheidungen ihres eigenen Kollegiums nachzuprüfen hatten. Um prozessuale Schwierigkeiten zu vermeiden, sah man es als unzulässig an, daß der Berghauptmann oder ein Oberbergamtsmitglied, die Prozeßhandlungen für das Oberbergamt vorgenommen hatten, in der gleichen Sache bei der Entscheidung des Bergausschusses mitwirkten. Vgl. VOELKEL, Grundzüge, S. 52 f.; EBEL, ZfB 97, 56, 58; PrOVG, Urt.v. 14.4.1910 = ZfB 51, 635 ff., Urt. v. 26. 4.1923 = ZfB 64, 503 ff.
Während der nationalsozialistischen Zeit wurde die Vorschrift über die Errichtung der Bergausschüsse abgeändert. Die 4 "anderen Mitglieder" wurden danach nicht mehr vom Provinzialausschuß gewählt, sondern vom Oberpräsidenten der Provinz ernannt. Vgl. Art. II d.Ges. über d. Zuständigkeit d. Bergbehörden v. 9. Juni 1934, GS S. 303 = ZfB 75, 92.

Entscheidungen der Verwaltungsbehörden einer Rechtskontrolle durch besondere, gegenüber den ordentlichen Gerichten eigenständige Verwaltungsgerichte zu unterwerfen. So waren, nachdem die noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts weit verbreitete justizstaatliche Auffassung, die auch den Verwaltungsrechtsschutz auf die ordentlichen Gerichte übertragen wollte, wissenschaftlich überwunden war, in Preußen durch die Kreisordnung vom 13. Dezember 1872[1] zunächst die Kreisausschüsse als erste Verwaltungsgerichte eingerichtet worden. Durch das Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875[2] wurde dann mit der Schaffung des preußischen Oberverwaltungsgerichts die Entwicklung vorläufig abgeschlossen[3]. Kennzeichnend für den damaligen Rechtszustand war, daß die Verwaltungsgerichte - abgesehen von ihrer letzten Instanz, dem Oberverwaltungsgericht - mit den Verwaltungsbehörden organisch und personell verbunden sowie überwiegend mit Laien besetzt waren, die ein Gegengewicht zu den weisungsgebundenen Beamten bilden sollten. Der Gedanke des gerichtlichen Rechtsschutzes war so mit dem der politischen Selbstverwaltung verbunden[4]. Mit dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (AllgLVG)[5] in Verbindung mit dem Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883[6] ist dann die in Preußen auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis 1933 im wesentlichen geltende Gesetzeslage hergestellt worden[7].

---

1) GS S. 661.

2) GS S. 375.

3) Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 469 ff.; siehe auch oben S. 19 f. und S. 34.

4) Vgl. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 1 II 1.

5) GS S. 195.

6) GS S. 237.

7) Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 471 FN 3.

Nachdem das Verwaltungsstreitverfahren durch das Änderungsgesetz vom 14. Juli 1905 in das ABG eingeführt worden war, wurde der Verwaltungsrechtsschutz im ABG schon zwei Jahre später durch die zum Mutungs- und Verleihungswesen ergangene Novelle vom 18. Juni 1907[1] weiter ausgebaut. Bei den Beratungen dieses Gesetzes wurde in der Kommission des Abgeordnetenhauses ursprünglich von Vertretern fast aller Parteien gefordert, ganz allgemein gegen die Entscheidungen der Bergbehörden namentlich auf dem Gebiet des Verleihungswesens und der Bergpolizei eine Rechtskontrolle durch Zulassung der Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu schaffen. In dieser Allgemeinheit drang der Wunsch jedoch nicht durch. Die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung wurde vielmehr nur auf bestimmte Sonderfälle ausgedehnt[2]. Die Fälle betrafen einmal die Beurteilung der Fündigkeit und der sogen. absoluten Bauwürdigkeit nach § 15 I 1 ABG und zum anderen die vom Oberbergamt nach § 27 IV ABG zu entscheidende Frage, ob das zu verleihende Feld zum Bergwerksbetrieb geeignet ist. Im weiteren Verlauf der Verhandlungen kam dann noch der Fall des Artikels XI der Novelle hinzu, der für das Gebiet des nunmehr eingeführten Staatsvorbehalts die Verleihbarkeit der von Steinkohlen- und Salzfeldern des älteren Rechts eingeschlossenen, im Bergfreien verbliebenen Feldesteile (sogen. Zwischenfelder) für die benachbarten Feldeseigentümer nach altem Recht regelte. In allen diesen Fällen konnte nach der Neufassung des § 192 a ABG (für die Zwischenfelder nach Art. XI der Novelle) gegen die Entscheidung des Oberbergamtes innerhalb einer Frist von zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren vor dem Bergausschuß erhoben werden.

---

1) GS S. 119 = ZfB 48, 309.

2) Vgl. ISAY § 192 a Rdn. 1; ESKENS, ZfB 49, 100, 147; EBEL, ZfB 97, 56.

Gegen dessen Entscheidung konnte innerhalb der gleichen Frist Revision beim Oberverwaltungsgericht eingelegt werden (vgl. § 192 a III ABG a.F.; Art. XI Abs. 3 der Novelle v. 8. Juli 1907)[1].

Für das Verfahren vor dem Bergausschuß und dem Oberverwaltungsgericht galten gem. § 194 a VII ABG a.F. die Bestimmungen des I. und II. Abschnitts des dritten Titels des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883, also die §§ 50 - 60 (Allgemeine Vorschriften) und die §§ 61 - 114 (Verwaltungsstreitverfahren).

B. Das Verhältnis der Verwaltungsgerichtsklage zu den ursprünglichen Rechtsbehelfen im Verleihungsverfahren

Nach der Einführung der Klage im Verwaltungsstreitverfahren durch die Novelle vom 18. Juni 1907 gab es gegen die Entscheidungen der Oberbergämter in Mutungssachen drei Rechtsbehelfe: den Rekurs an den Handelsminister[2], die zivilgerichtliche Klage (Verleihungs-, Einspruchs- und Widerspruchsklage)[3] und nunmehr in gewissen Fällen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren vor dem Bergausschuß.

Mit der Einführung der Verwaltungsklage ergab sich mithin erstmals das noch heute in abgewandelter Form bestehende Problem des Verhältnisses der Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu den sonstigen gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes gegebenen Rechtsbehelfen. In Literatur und Rechtsprechung wurde zu diesem Fragenkreis folgende Auffassung herrschend:

---

1) Vgl. ESKENS, ZfB 49, 147 f.
2) Vgl. oben S. 28 ff.
3) Vgl. oben S. 37 ff.

Einmal ging man davon aus, daß die gemäß § 192 a II ABG a.F. gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes nach § 15 I 1 und § 27 IV ABG gegebene Verwaltungsklage nur dem zurückgewiesenen Muter des Feldes, nicht auch einem Dritten, z.B. dem Einsprechenden zustand. Diese Ansicht wurde damit begründet, daß sowohl § 15 I 1 als auch § 27 IV ABG Beziehungen regelten, die zwischen dem Muter und der Bergbehörde bestünden, so daß Entscheidungen der Bergbehörde, die auf Grund dieser Vorschriften ergingen, bei nächstliegender und natürlichster Auslegung nach § 192 a auch nur von dem zurückgewiesenen Muter mit der Verwaltungsklage angefochten werden könnten. Weiterhin stützte man diese Auffassung mit dem Hinweis darauf, daß § 31 II ABG a.F. nur von der Erledigung der Einsprüche Dritter durch Beschluß des Oberbergamtes und Rekursbescheid des Ministers sprach und nur den auf diesen bezüglichen § 191, nicht auch den § 192 a anführte, dessen Anführung doch unerläßlich gewesen sein würde, wenn man nicht etwa dem dritten Einsprechenden zwar das Verwaltungsstreitverfahren nach § 192 a habe eröffnen, ihm aber die Geltendmachung seiner besseren Rechte bei den ordentlichen Gerichten ganz habe versagen wollen[1]. Mit Hilfe dieser Rechtsauffassung schränkte man die

---

1) Vgl. PrOVG, Urt. v. 21.10.1912 = ZfB 54, 278 ff., insbes. S. 285; PrOVG, Urt. v. 24.4.1913 = ZfB 54, 559 f.; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 27 Anm. 10 a.E.; BRASSERT-GOTTSCHALK § 192 a Anm. 2 = S. 809; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 192 a Anm. 3; ISAY § 22 Rdn. 6 a.E. und § 31 Rdn. 11 sowie § 192 a Rdn. 3. Abweichend WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 4 b sowie ESKENS, ZfB 49, 106, 147 f., die für die Klagemöglichkeit nach § 192 a keinen Unterschied machen, ob der Bescheid des Oberbergamtes auf Gewährung oder Ablehnung der Mutung ergangen ist, und im ersten Fall einem Dritten, welcher an der Ablehnung der Mutung ein Interesse hatte, die Klagemöglichkeit einräumen wollen. BOLDT, Komm., § 192 a Anm. 2 e, will dagegen die Verwaltungsklage nur im Falle des § 27 IV auf den Muter beschränken.

Möglichkeit der Klage im Verwaltungsstreitverfahren bewußt ein, um das "höchst unzweckmäßige" Nebeneinander der Zuständigkeit des Bergausschusses, des Ministers für Handel und Gewerbe (Rekurs) und der ordentlichen Gerichte möglichst zu vermeiden[1]. Das Konkurrenzproblem war damit auf den Rechtsschutz des Muters beschränkt, also auf die Frage, in welchem Verhältnis der Rekurs an den Handelsminister nach § 191 ABG a.F. und die Verleihungsklage nach § 23 ABG zu der Verwaltungsklage nach § 192 a II ABG a.F. standen, wenn der Verleihungsantrag des Muters vom Oberbergamt auf Grund des § 15 I 1 ABG oder des § 27 IV ABG zurückgewiesen worden war.

Es wurde angenommen, daß die Entscheidungen des Oberbergamtes, gegen die nach § 192 a II ABG a.F. die Klage im Verwaltungsstreitverfahren bei dem Bergausschuß erhoben werden konnte, mit dem Rekurs an den Handelsminister nach § 191 ABG a.F. nicht mehr angefochten werden konnten. Diese Auffassung wurde damit begründet, daß gegen die Statthaftigkeit des Rekurses in diesen Fällen nicht allein der Wortlaut des § 192 a II spreche, wonach gegen die Entscheidung des Oberbergamtes die Klage im Verwaltungsstreitverfahren stattfinde, sondern auch die allgemeine, in § 50 II des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 ausgesprochene Regel, wonach eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde mit der Beschwerde nicht angegriffen werden könne, soweit das Verwaltungsstreitverfahren zugelassen sei[2].

---

1) Vgl. PrOVG, Urt. v. 21.10.1912 = ZfB 54, 278, 282.

2) ESKENS, ZfB 49, 106, 148; RB v. 8.5.1908, ZfB 49, 469, 471; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 192 a Anm. 4; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 5 d; BRASSERT-GOTTSCHALK § 192 a Anm. 2 = S. 810; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 192 a Anm. 1; ISAY § 31 Rdn. 7 u. 9.

Für das Verhältnis der Verwaltungsklage nach § 192 a II ABG a.F. zur Verleihungsklage des § 23 ABG nahm man überwiegend an, daß die beiden Klagen sich nicht ausschlössen. Eine eingehende Begründung dieser Auffassung findet sich jedoch weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur. Das erklärt sich nicht zuletzt daraus, daß jeder gesetzliche Anhalt fehlte, um die beiden verschiedenen Rechtsbehelfe miteinander in Einklang zu bringen[1]. Infolgedessen blieben manche Einzelfragen des Verhältnisses der beiden Klagen ungeklärt. Im Anschluß an Eskens[2] vertrat man zunächst die Auffassung, daß eine im Verwaltungsstreitverfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung die spätere Erhebung der Verleihungsklage nach § 23 ABG nicht ausschließe. Wenn also der Muter im Falle des § 192 a II mit seinem Anspruch im Verwaltungsstreitverfahren rechtskräftig abgewiesen worden war, später aber ein Dritter mit einem Anspruch hervortrat, der mit der abgewiesenen Mutung ganz oder teilweise zusammenfiel, so sollte der zurückgewiesene Muter durch die rechtskräftige Abweisung seines Anspruchs nicht gehindert sein, gegen diesen Dritten, der ihm nunmehr die Behauptung eines besseren Rechts im Sinne des § 23 entgegensetzte, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten[3]. Allein Thielmann sowie H. und R. Isay haben sich dann auch mit der Frage auseinandergesetzt, wie zu verfahren war, wenn nach der Rechtslage die Klage vor dem ordentlichen Gericht und die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gleichzeitig gegeben waren und der Muter beide Kla-

---

1) Vgl. KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 8.

2) ZfB 49, 106, 148 f.

3) RB v. 8.5.1908 = ZfB 49, 469; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 8 u. § 192 a Anm. 4; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 4 d; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 12 u. § 192 a Anm. 2 a.E.; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 23 Anm. 3 u. § 192 a Anm. 1; ISAY § 31 Rdn. 7 a.E.

gen anstrengte. Diese Autoren nahmen an, daß der Rechtsstreit vor dem ordentlichen Gericht bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren auszusetzen war[1]. Dagegen vertrat Voelkel die Auffassung, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die beiden Verfahren weder nebeneinander noch nacheinander zulässig sein sollten[2]; eine Ansicht, die jedenfalls die Gefahr voneinander abweichender Entscheidungen im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht und im Verwaltungsstreitverfahren beseitigte oder doch den in der Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes liegenden unnötigen prozessualen Aufwand (Aussetzung der Zivilklage!) vermied[3]. Allerdings vermißt man bei Voelkel einen Hinweis darauf, auf welche Weise das Nebeneinander oder Nacheinander der beiden Verfahren vermieden werden sollte, ob also z.B. eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Verwaltungsstreitverfahren und dem Verfahren vor dem ordentlichen Gericht gegeben sein sollte.

4. Abschnitt: Die Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren bis 1945

Nachdem das Institut der Verwaltungsklage durch die Berggesetznovelle vom 14. Juli 1905 erstmals in das ABG eingeführt worden war und auf Grund der Novelle vom 18. Juni 1907 auch auf dem Gebiet des Verleihungs-

---

1) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 8; ISAY § 23 Rdn. 2 a.E.; vgl. auch MÜLLER-ERZBACH (S. 163), der lediglich feststellt, daß in den Fällen des § 192 a II ABG a.F. der Rechtsweg neben der Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegeben sei.

2) VOELKEL, Grundzüge, S. 91.

3) Auch ISAY hielt das Nebeneinander zweier auf das gleiche Ziel gerichteter Klagen für "unerfreulich", sah aber nach dem Gesetz keine Möglichkeit, dieses Ergebnis zu vermeiden. Vgl. ISAY § 23 Rdn. 2 a.E.

wesens Eingang gefunden hatte, wurde die Nachprüfbarkeit von Beschlüssen der Bergbehörde im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens später auf einige weitere Fälle ausgedehnt. So wurde durch die Novelle vom 28. Juli 1909[1] die Verwaltungsklage auf dem Gebiet des Bergarbeitsrechts ausgebaut und überdies die Zuständigkeit des Bergausschusses ganz allgemein auch für die Fälle eingeführt, für die nach der Novelle von 1905 bis dahin der Bezirksausschuß zuständig war[2]. Bezüglich des Verleihungsverfahrens wurde die Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes jedoch nur noch geringfügig erweitert, so daß es im wesentlichen bei dem durch die Novelle von 1907 geschaffenen Rechtszustand blieb. Lediglich das Gesetz über die Verleihung von Braunkohlenfeldern an den Staat vom 3. Januar 1924[3], durch das in bestimmten Landesteilen Preußens mit größeren, noch unverliehenen Braunkohlenlagerstätten die Braunkohle dem Staatsvorbehalt unterworfen wurde, führte einen weiteren Fall der verwaltungsgerichtlichen Klage ein; und zwar wurde die Verwaltungsklage gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes bei der Verleihung sogen. Zwischenfelder nach Art. V des Gesetzes zugelassen[4].

---

1) GS S. 677 - Verantwortlichkeit der Aufsichtspersonen, Rechtsverhältnisse der Bergarbeiter.

2) Vgl. oben S. 46 FN 3.

3) GS S. 18; mit Begründung abgedruckt in ZfB 65, 120 ff.

4) Vgl. Art. V Abs. 2 u. Abs. 3.
Art. V des Gesetzes vom 3. Jan. 1924 hat bis dahin unverliehen gebliebene Zwischenfelder, die wegen ihrer geringen Größe besondere Schürfarbeiten zum Erwerb des Bergwerkseigentums nicht lohnten und zu einem selbständigen Bergwerksbetrieb ungeeignet waren, von der Unterwerfung unter den Staatsvorbehalt praktisch ausgeschlossen. Da ein wirtschaftliches Interesse an diesen für sich allein nicht verwertbaren Feldern nur die Eigentümer der benachbarten Bergwerke haben können, billigt das Gesetz nur ihnen einen Verleihungsanspruch zu, der sich

Von Bedeutung für den Rechtsschutz im Verleihungsverfahren wurde später das Gesetz zur Überleitung des Bergwesens auf das Reich vom 28. Februar 1935[1], das das Bergwesen zur Reichsangelegenheit erklärte und die Landesbergbehörden den Weisungen des Reichswirtschaftsministers unterwarf. Entsprechend der auf die Vereinheitlichung und Zusammenfassung der Bergbehörden gerichteten Zielsetzung des Gesetzes wurde auch das Rechtsmittelverfahren neu geregelt[2]. In § 2 II des Gesetzes war bestimmt, daß gegen die Entscheidung einer mittleren Landesbergbehörde die Beschwerde an den Reichswirtschaftsminister stattfand, soweit die Entscheidung nicht unanfechtbar oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war. In den Fällen des Verleihungsverfahrens, in denen gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes bislang Rekurs an den Handelsminister erhoben werden konnte, trat also nunmehr an dessen Stelle die an den Reichswirtschaftsminister zu richtende Beschwerde. Im weiteren Verlauf des Überganges der Bergverwaltung auf das Reich wurde dann durch das Gesetz über den Aufbau der Reichsbergbehörden vom 30. September 1942[3] das Beschwerdeverfahren erneut abgewandelt. Durch das Aufbaugesetz wurde eine einheitliche Reichsbergverwaltung als dreistufige Sonderverwaltung des Reiches geschaffen. Reichsbergbehörden waren nach § 1 die Bergämter, die an die Stelle der Revierbeamten traten, die Oberbergämter und der Reichswirtschaftsminister. Diesem dreistufigen Aufbau der Reichsbergbehörden entsprechend bestimmte § 3 des Gesetzes, daß gegen Entscheidungen des Bergamtes die Beschwerde an

---

nach den allgemeinen Vorschriften des ABG richtet. - Vgl. hierzu die amtliche Begründung zum Gesetz vom 3. Januar 1924 in ZfB 65, 122, 126 f.

1) RGBl. I S. 315 = ZfB 76, 34 ff.

2) Vgl. die amtl. Begründung in ZfB 76, 35 ff.

3) RGBl. I S. 603 = ZfB 82/83, 87 ff.

das Oberbergamt und gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes die Beschwerde an den Reichswirtschaftsminister zulässig war, wobei die Beschwerdefrist nunmehr einen Monat statt der bis dahin in § 192 ABG a.F. vorgesehenen vier Wochen betrug[1].

Für die verwaltungsgerichtliche Klage brachten der Erlaß über Errichtung des Reichsverwaltungsgerichtes vom 3. April 1941[2], durch den das preußische Oberverwaltungsgericht zusammen mit einer Reihe anderer Spruchbehörden der Verwaltungsgerichtsbarkeit[3] zum Reichsverwaltungsgericht[4] vereinigt wurde, und die am 29. April 1941 zu diesem Erlaß ergangene erste Durchführungsverordnung[5], die den Aufbau des Reichsverwaltungsgerichtes abschloß, eine Änderung des Verfahrens. Danach war nunmehr die Revision gegen die Entscheidungen der Bergausschüsse nicht mehr bei dem Oberverwaltungsgericht, sondern bei dem Reichsverwaltungsgericht einzulegen.

Während des Krieges war schließlich die Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens generell beschränkt. An die Stelle der Verwaltungsklage trat

---

1) Vgl. zur Neuregelung des Rekursverfahrens durch die Gesetze von 1935 und 1942 die Darstellungen bei BOLDT § 191 Anm. 1 u. § 192 Anm. 1 sowie bei REISS-GROTEFEND-DAPPRICH § 191 Anm. 1, EBEL-WELLER § 191 Anm. 1 und DAPPRICH, Glückauf 1951, S. 262.

2) RGBl. I S. 201 = ZfB 82/83, 12.

3) Z.B. das Reichswirtschaftsgericht, das Reichsversorgungsgericht, die Oberste Spruchstelle für Umlegungen und die Oberste Spruchstelle für Wasser- und Bodenverbände. - Vgl. § 1 des Erlasses und FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 473.

4) Schon die Weimarer Reichsverfassung hatte in Art. 107 i. Vbdg. mit Art. 31 II und Art. 166 die Errichtung eines einheitlichen Reichsverwaltungsgerichtes vorgesehen, das jedoch trotz mehrfacher Anläufe nicht zustande kam. - Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 473 m.w. Nachw.

5) RGBl. I S. 224.

die Anfechtung im Beschwerdewege bei der vorgesetzten Behörde. Nur in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung oder in besonderen Einzelfällen konnte das verwaltungsgerichtliche Verfahren zugelassen werden[1]. Im Verleihungsverfahren blieb die Verwaltungsgerichtsklage allerdings zulässig; lediglich die Zulässigkeit der Revision war auf die Fälle grundsätzlicher Bedeutung und auf besondere Einzelfälle beschränkt[2].

5. Abschnitt: Die neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren nach 1945

Nach dem Zusammenbruch des Reiches im Jahre 1945 ist für den Rechtsschutz im Verleihungsverfahren eine neue rechtliche Situation entstanden. Sie ist gekennzeichnet durch die Einführung der unbeschränkten verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, die den Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet hat. Jede Entscheidung der Bergbehörden ist danach mit der Klage vor dem Verwaltungsgericht anfechtbar, soweit nicht ausdrücklich die Zivilgerichte für zuständig erklärt sind. Das Beschwerdeverfahren des ABG und die Klage vor dem Bergausschuß sind damit gegenstandslos geworden. Unberührt geblieben sind hingegen die Vorschriften über die zivilpro-

---

1) Vgl. Ziff. IV Abs. 2 u. 3 des Erlasses über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28. Aug. 1939 (RGBl. I S. 1535 = ZfB 80/81, 34 f.).

2) Vgl. § 1 der Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 7. Febr. 1940 über die Vereinfachung des Verfahrens vor den Bergausschüssen (RGBl. I S. 300 = ZfB 80/81, 274 f.) i. Vbdg. m. § 4 der Zweiten Verordnung über die Vereinfachung der Verwaltung vom 6. Nov. 1939 (RGBl. I S. 2168 = ZfB 80/81, 274 FN 2). - Vgl. hierzu EBEL, ZfB 97, 56, 57 sowie BOLDT § 192 a Anm. 1 m. w. Nachw.

zessualen Rechtsmittel im Verleihungsverfahren, die Verleihungs-, Einspruchs- und Widerspruchsklage nach §§ 23, 31, 35, 36 ABG.

Mit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates trat auf Anordnung der Besatzungsmächte zunächst ein vorübergehender Stillstand der gesamten deutschen Rechtspflege ein[1]. Nachhaltige Wirkung hatte die Schließung der Gerichte durch die Besatzungsmächte hinsichtlich des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren jedoch nur für dessen verwaltungsgerichtliche Seite. Sie brachte die endgültige Beseitigung der Bergausschüsse. Durch Art. I Ziff. 1 b des Militärregierungsgesetzes Nr. 2 über Deutsche Gerichte[2] wurde im besetzten Gebiet allen unteren Gerichten, über welche das Reichsverwaltungsgericht Rechtsmittel- oder Aufsichtsinstanz war, die Amtsgewalt bis zur Ermächtigung zur Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit entzogen. Dadurch wurden auch die Bergausschüsse in ihrer Tätigkeit gehemmt. Denn da das Oberverwaltungsgericht, das nach § 192 a II ABG a.F. Revisionsinstanz für die Bergausschüsse gewesen war, auf Grund des Erlasses über die Errichtung des Reichsverwaltungsgerichtes vom 3. April 1941[3] in dem Reichsverwaltungsgericht aufgegangen war, waren die Bergausschüsse untere Gerichte des Reichsverwaltungsgerichtes geworden[4]. Obwohl dann das Gesetz Nr. 36 des Kontrollrats in Deutschland über Verwaltungsgerichte vom 10. Oktober 1946[5], das die Wie-

---

1) Grundlage für die Schließung der Gerichte war das schon vor der Zoneneinteilung geltende Militärregierungsgesetz Nr. 2 über Deutsche Gerichte (ABl. d.Mil.Reg. Deutschland, Kontrollgebiet der 21. Armeegruppe Nr. 3 S. 4), das in Art. I die vorübergehende Schließung von ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten anordnete. Vgl. WIECZOREK, Bd. I, Allgemeines, Rdn. A V b 9.

2) Vgl. oben FN 1.

3) RGBl. I S. 201.

4) Vgl. oben S. 57.

5) ABl.d.Mil.Reg. Nr. 14 S. 315, abgedruckt bei KLINGER, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anhang I.

dererrichtung von Verwaltungsgerichten vorschrieb[1], den Zonenbefehlshabern und der Alliierten Kommandantur in Berlin in Art. II die Möglichkeit eröffnete, die Bergausschüsse als Sonderverwaltungsgerichte für Bergangelegenheiten neu einzurichten, kam es auch später nicht zu ihrer Wiedererrichtung[2]. Mitbestimmend für die Zurückhaltung der Militärregierung war dabei die Erwägung, daß die Bergausschüsse infolge des Fehlens der richterlichen Unabhängigkeit[3] überhaupt nicht als echte Gerichte anzusehen waren und daß sie zudem in ihrer Zuständigkeit ohnehin ziemlich beschränkt waren. Infolgedessen bestand nach Ansicht der Militärregierung weder theoretisch noch praktisch das Bedürfnis für solche Gerichte[4]. Schließlich ließ der Aufbau der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit die Wiedereinrichtung der Bergausschüsse als überflüssig erscheinen.

Schon bevor das Kontrollratsgesetz Nr. 36 vom 10. Oktober 1946 die Wiedererrichtung von Verwaltungsgerichten "zur Entscheidung von Verwaltungssachen" angeordnet hatte, war in den einzelnen Besatzungszonen die Wiederherstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits erfolgt oder doch angebahnt. Die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach rechtsstaatlichen Grundsätzen vollzog sich zuerst in den Ländern der amerikanischen Besatzungszone, wo aus der Arbeit einer im Sommer 1945 zusammengetretenen deutschen Sachverständigenkommission das

---

1) Vgl. Art. I.

2) REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 191 Anm. 1.

3) Vgl. oben S. 47 FN 1.

4) Vgl. EBEL, ZfB 97, 56, 59 und das dort inhaltlich wiedergegebene Schreiben des Legal Adviser des Land Legal Department H.Q. North-Rhine Westfalia Düsseldorf an den Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen betr. die Verwaltungsgerichte vom 9. September 1948.

Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit hervorging, das bereits im Herbst 1946 in den drei süddeutschen Ländern[1] verkündet und in Kraft gesetzt wurde. Auf seiner Grundlage arbeitete im Jahre 1947 eine von der britischen Militärregierung eingesetzte Kommission den Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung für die britische Besatzungszone[2] aus, die in etwas abgeänderter Form im September 1948 als MRVO Nr. 165 verkündet wurde und am 15. September 1948 in Kraft trat, nachdem bereits am 1. April 1948 die als Zwischenlösung gedachte MRVO Nr. 141 über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen in Kraft getreten war. In den übrigen deutschen Ländern wurde die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis zum Jahre 1951 abgeschlossen[3]. Bei dieser Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Zusammenbruch des Reiches wurde - entsprechend der schon früher erhobenen Forderung der Wissenschaft - überall die Generalklausel eingeführt, um die Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu bestimmen[4].

---

1) Bayern, Baden-Württemberg, Hessen; in Bremen wurde es erst im Sommer 1947 erlassen.

2) Schleswig-Holstein, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen.

3) In der französischen Besatzungszone wurde in Württemberg-Hohenzollern und in Baden die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Jahren 1946/47 neu geregelt, während Rheinland-Pfalz erst 1950 folgte. In Berlin und im Saarland wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit 1951 einheitlich geregelt.
Vgl. zum Wiederaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Überblicke bei FORSTHOFF, Lb., § 27, 1 = S. 487 ff.; KLINGER, Einleitung, S. 1 ff.; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Einleitung I 2.

4) Vgl. z.B. § 22 I MRVO 165, wonach die Verwaltungsgerichte über die Anfechtung von Verwaltungsakten sowie über andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts mit Ausnahme von Verfassungsstreitigkeiten entscheiden.
Zur Einführung der Generalklausel vgl. auch KLINGER § 40 Anm. A III und ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 5.

Für das Rechtsmittelverfahren des ABG und damit auch für den Rechtsschutz im Verleihungsverfahren brachte die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit insoweit eine Änderung, als nunmehr entsprechend dem Prinzip der Generalklausel gegen a l l e Entscheidungen der Bergbehörden die verwaltungsgerichtliche Klage eröffnet wurde, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich die Zivilgerichte für zuständig erklärte[1]. Damit verbunden war der Fortfall der Beschwerde gegen die Entscheidungen der Bergbehörden (§ 191 ABG a.F.). Nach § 3 des Gesetzes über den Aufbau der Reichsbergbehörden vom 30. September 1942[2], das zunächst mit gewissen Änderungen als Landesgesetz in den einzelnen Bundesländern weitergalt[3], war nämlich die Beschwerde gegen Entscheidungen der Berg-

---

1) Vgl. z.B. § 22 I u. III MRVO Nr. 165; § 22 I VGG.

2) Vgl. oben S. 56 f.; abgedruckt bei REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH S. 300 f.

3) Das folgt daraus, daß die Bergverwaltung nach dem Grundgesetz wieder Landesangelegenheit geworden ist (vgl. Art. 30, 83 ff. GG. - EBEL-WELLER § 187 Anm. 2; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 187, 188 ABG Rdn. 3) und Organisationsgesetze der öffentlichen Verwaltung nunmehr als Gesetze derjenigen Körperschaft anzusehen sind, deren Verwaltung sie regeln (REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 191 Anm. 1; DAPPRICH, Glückauf 1951, 262; a.A. H.W. SCHULTE, Glückauf 1950, 520).
In Nordrhein-Westfalen ist das Aufbaugesetz v. 30. Sept. 1942 ebenso wie das Gesetz zur Überleitung des Bergwesens auf das Reich v. 28. Febr. 1935 nunmehr ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden durch § 30 Ziff. 1 des Landesorganisationsgesetzes v. 10. Juli 1962 (GV NW S. 421), das in §§ 7 II, 9 II die Oberbergämter als Landesmittelbehörden und die Bergämter als untere Landesbehörden bestimmt, während der Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr auf Grund der gem. §§ 4 II, 23 LOG erfolgten Bekanntmachung der Geschäftsbereiche der obersten Landesbehörden v. 8. Jan. 1963 oberste Bergbehörde ist (vgl. RIETDORF-SIGULLA-VOSS S. 96, 98; 342).

behörden nur zulässig, "soweit nicht die Entscheidung unanfechtbar oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet" war. Da nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen auf Grund der Generalklausel nunmehr im Gegensatz zur Regelung des ABG a.F. grundsätzlich gegen alle Entscheidungen der Bergbehörden der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war, waren Beschwerden gegen Entscheidungen der Bergbehörden im Ergebnis überhaupt nicht mehr zulässig[1]. Überdies wurden durch die Verwaltungsgerichtsgesetze die Bestimmungen des ABG über die schon in Auswirkung des Kontrollratsgesetzes Nr. 2[2] weggefallenen Bergausschüsse aufgehoben[3].

Als am 1. April 1960 mit der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960[4] eine bundeseinheitliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Kraft trat, blieb der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren in der Ausgestaltung, die er bis dahin erfahren hatte, im wesentlichen unverändert. Auch die Verwaltungsgerichtsordnung baut auf der Generalklausel auf (vgl. § 40 I VwGO), die allein die Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichwertig neben die ordentliche Gerichtsbarkeit stellen kann[5] und mit der Gewährung des umfassenden Rechtsschutzes für den einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt durch unabhängige, weisungsfreie Gerichte ein wesentliches Element des

---

1) REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 191 Anm. 1; DAPPRICH, Glückauf 1951, 262, 263; v. SCHLÜTTER, Glückauf 1951, 845 ff.; vgl. hierzu auch die amtliche Begründung zur VO der Landesregierung des Landes NRW vom 25. Juni 1951 über die Anfechtung von Verwaltungsakten der Bergbehörden (GV NW S. 85) in ZfB 92, 355. Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit abweichender Begründung H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 268.

2) Vgl. oben S.59.

3) Vgl. z.B. für die britische Zone § 115 c MRVO Nr. 165 und für die amerikanische Zone § 135 VGG; s.a. REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 191 Anm. 1.

4) BGBl. I S. 17.

5) Vgl. die in § 13 GVG enthaltene Generalklausel für die ordentliche Gerichtsbarkeit.

heutigen Rechtsstaates ist, der sich ohne sie nicht verwirklichen läßt[1]. Dabei dient die Generalklausel nicht nur dem Individualrechtsschutz, sondern im gleichen Maße auch der Verwaltungskontrolle[2]. Auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel sind alle Entscheidungen der Bergbehörden, die im Verleihungsverfahren ergehen, mit der Klage vor dem Verwaltungsgericht anfechtbar, soweit nicht durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich das Zivilgericht für zuständig erklärt ist. Im Rahmen des Verleihungsverfahrens kommen als derartige Verweisungsvorschriften die §§ 23, 31, 35, 36 ABG in Betracht, die sämtlich die Klage vor dem ordentlichen Gericht vorsehen. Es ist bereits angedeutet worden, daß sich aus diesem Nebeneinander der verschiedenen Gerichtswege die besondere Problematik des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren im ABG ergibt[3].

III. Teil: Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren des ABG nach heute geltendem Recht

1. Abschnitt: Der Rechtsschutz des Muters

Die beantragte Verleihung des Bergwerkseigentums kann nach der Systematik des ABG unter zwei Gesichtspunkten versagt werden: Einmal kann die Mutung mit der Begründung zurückgewiesen werden, daß ein

---

1) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 2 III 1; EYERMANN-FRÖHLER § 40 Rdn. 4; KLINGER § 40 Anm. III; vgl. auch FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 474 ff.

2) DÜRIG bei MAUNZ-DÜRIG Art. 19 Rdn. 7 m.w. Nachw.; KLINGER § 40 Anm. A III a.E.

3) Vgl. oben S. 9 ff. und S. 50 ff.

besseres Recht eines Dritten (Muters, Bergwerkseigentümers, Grundeigentümers) besteht[1]; zum anderen kann sie deshalb zurückgewiesen werden, weil sonstige materielle gesetzliche Hindernisse (z.B. Fehlen der Fündigkeit, mangelnder Nachweis der absoluten Bauwürdigkeit, fehlerhefte Feldesstreckung) vorliegen[2] oder weil die Mutung nicht den im § 14 ABG aufgeführten Erfordernissen entspricht und damit formell mangelhaft ist. Diese beiden Fallgruppen der Zurückweisung einer Mutung sind im § 31 I ABG deutlich unterschieden. Dort heißt es, daß das Oberbergamt über die Verleihung durch einen Beschluß entscheidet, wenn Einsprüche oder Kollisionen mit den Rechten Dritter vorliegen oder aus anderen gesetzlichen Gründen den Anträgen des Muters gar nicht oder nicht in ihrem ganzen Umfang entsprochen werden kann. Es erscheint als zweckmäßig, auch bei der Untersuchung der Rechtsbehelfe des Muters möglichst weitgehend von dieser Unterscheidung auszugehen. Dabei soll zunächst geprüft werden, welche Rechtsbehelfe dem Muter zur Verfügung stehen, wenn sein Verleihungsantrag nicht mit Rücksicht auf entgegenstehende Rechte Dritter, sondern aus anderen gesetzlichen Gründen zurückgewiesen wird, ohne daß ein konkurrierender Dritter auftritt, der denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nimmt. Erst dann soll der Fall untersucht werden, daß die Verleihung des Bergwerkseigentums wegen besserer Rechte Dritter versagt wird. In diesem Zu-

---

1) Vgl. § 15 I Ziff. 2 ABG. Danach ist eine Mutung nur gültig, wenn nicht bessere Rechte auf den Fund entgegenstehen. Es muß also Bergfreiheit hinsichtlich des Fundes bestehen. Dazu ist erforderlich, daß der Fundpunkt selbst frei von besseren Rechten ist (§ 24: Findervorrecht; § 25: älteres Muterrecht; § 55: Vorrecht des Bergwerkseigentümers; § 2: Vorbehaltsrecht des Staates; § 1: Gewinnungsrecht des Grundeigentümers) und weiter, daß der Fundpunkt im freien Felde liegt, d.h., er darf weder in einem verliehenen (§ 54) noch in einem gemuteten Feld (§ 19 II) liegen. Vgl. hierzu ISAY § 15 Rdn. 17 - 20.

2) Vgl. § 15 I Ziff. 1 und § 27 ABG.

sammenhang wird auch die besondere Frage zu erörtern sein, welche Rechtsbehelfe dem Muter zustehen, wenn zwar ein konkurrierender Dritter vorhanden ist, die Mutung aber nicht mit Rücksicht auf das entgegenstehende Recht des Mitbewerbers, sondern allein wegen anderer gesetzlicher Hindernisse zurückgewiesen wird. Fassen wir die beiden letztgenannten Fälle zu der Frage zusammen, welche Rechtsbehelfe gegeben sind, wenn ein Dritter denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nimmt, ohne dabei zu unterscheiden, ob nun der Verleihungsantrag mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten oder aus anderen gesetzlichen Gründen zurückgewiesen ist, so gliedert sich unsere Untersuchung einerseits in die Frage nach dem Rechtsschutz des wegen eines Mangels in seinem Rechte zurückgewiesenen Muters, dem ein konkurrierender Dritter nicht entgegentritt, und andererseits in die Frage nach den Rechtsbehelfen des abgewiesenen Muters, dem dritte Personen die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen. Die getrennte Betrachtung dieser beiden Fallgruppen ist deshalb gerechtfertigt, weil dann, wenn dem mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesenen Muter dritte Mitbewerber nicht entgegentreten, als Rechtsschutzmöglichkeiten allein die Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Betracht kommen[1], während in den Fällen, in denen dem Muter von Dritten die Behauptung eines besseren Rechts entgegengesetzt wird, neben den Rechtsbehelfen des Verwaltungsstreitverfahrens die zivilprozessuale Einspruchsklage nach § 23 ABG in Frage kommt, und sich damit das Problem der Konkurrenz zwischen dem Verwaltungsrechtsweg und dem Zivilrechtsweg ergibt[2].

---

1) Vgl. oben S. 13.

2) Vgl. oben S. 11 ff. und S. 13.

A. Rechtsbehelfe des Muters, wenn konkurrierende Dritte nicht auftreten

1. Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges

Nach § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können gem. § 40 I 2 VwGO einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

Entscheidend für die Frage, ob es sich im Einzelfall um eine bürgerlich-rechtliche oder um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, ist die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch oder die sonstige begehrte Rechtsfolge abgeleitet wird[1].

Der Verwaltungsrechtsweg ist demnach für den Muter, der mit seinem Antrag auf Verleihung des Bergwerkseigentums vom Oberbergamt ganz oder teilweise zurückgewiesen worden ist, zur Durchsetzung des Verleihungsanspruchs eröffnet, wenn das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet wird, dem öffentlichen Recht angehört, wenn weiter die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist und wenn sie schließlich nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsklage kommt es also zunächst darauf an, ob der Muter in einer öffentlich-rechtlichen Beziehung zu dem durch das Oberbergamt vertretenen Staat steht[2].

---

1) Vgl. STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (19. Aufl.) Vorbem. II A 1 vor § 1; KLINGER § 40 Anm. B I 1; ständige Rspr., s. insbes. BGHZ 35, 175, 177.

2) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 43 Anm. I 2 b = S. 173.

Bei der Zurückweisung des Antrags auf Verleihung des Bergwerkseigentums handelt das Oberbergamt ebenso wie bei der Verleihung des Bergwerkseigentums als staatliche Behörde. Im Verleihungsverfahren steht also der Staat dem Muter als einzelnen gegenüber. Der Umstand, daß einer der Beteiligten eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, kann aber allein für die Einordnung des streitigen Anspruchs nicht entscheidend sein; denn auch der Staat kann sich als Fiskus auf den Boden des Privatrechtsverkehrs begeben und unterliegt dann dessen Regeln[1]. So kann der Staat auch Bergwerkseigentum, das ihm im Bereich des unechten Staatsvorbehalts (§ 2 ABG) verliehen worden ist, nach den Regeln des bürgerlichen Rechts an Dritte veräußern[2].

Maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ist nach der in der zivilistischen Lehre und in der Rechtsprechung noch herrschenden Auffassung vielmehr, ob "der einzelne Beteiligte unmittelbar kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts zu dieser öffentlichen Gewalt oder ihren Trägern oder zu den der gleichen Gewalt Unterworfenen steht" (Verhältnis der

---

1) RGZ 111, 204, 210; BGHZ 2, 37, 43; BGHZ 14, 222, 226; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (19. Aufl.) Vorbem. II A 3 a vor § 1.

2) Nach § 2 II ABG ist es dem Staat ausdrücklich zwar nur gestattet, anderen Personen die Ausbeutung eines ihm im Bereich des Staatsvorbehaltes verliehenen Bergwerks zu übertragen, und in § 38 c ABG ist dementsprechend lediglich die Bestellung eines dinglichen Gewinnungsrechtes zugunsten eines Dritten vorgesehen; jedoch wird nach der - jedenfalls in NRW geübten - Praxis das Bergwerkseigentum häufig auch veräußert. Vgl. hierzu EBEL-WELLER § 2 Anm. 12 u. § 38 c Anm. 2.

Über- und Unterordnung = öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis), oder ob das Rechtsverhältnis ausschließlich durch die Gleichordnung der Beteiligten beherrscht wird (privatrechtliches Rechtsverhältnis)[1].

Da jedoch auch diese Betrachtungsweise nicht in allen Fällen eine sichere Unterscheidung öffentlich- und privatrechtlicher Rechtsverhältnisse ermöglicht[2], erscheint die insbesondere von H.J. Wolff an der Subjektionstheorie geübte Kritik als gerechtfertigt[3]. Es ist H.J. Wolff darin zu folgen, daß die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht in dem Kriterium der Unter- oder Gleichordnung zu suchen ist, sondern daß sie in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte liegt (erneuerte Subjektstheorie)[4]. "Öffentliches Recht ist danach das Amtsrecht der Träger hoheitlicher Gewalt und ihrer Organe, durch das nicht jedermann, sondern notwendig eben nur ein Träger oder ein bestimmtes Organ hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird." Ein Rechtsverhältnis ist mithin öffent-

---

1) Subjektionstheorie: RGZ 154, 167, 178; 157, 106, 115; 166, 218, 226; 167, 282, 284; BGHZ 14, 222, 227; 17, 317, 320; 29, 187, 188; 35, 175, 177 (ständige Rspr.); STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (19. Aufl.) Vorbem. II A 1 vor § 1; ROSENBERG, Lb., § 11 II 3 a; BAUMBACH-LAUTERBACH § 13 GVG Anm. 3; SOERGEL-SIEBERT, Einl., Rdn. 53; EYERMANN-FRÖHLER § 40 Rdn. 3; FORSTHOFF, Lb., § 6, 2.

2) Abgrenzungsschwierigkeiten treten z.B. bei Rechtsverhältnissen auf, die durch öffentlich-rechtliche Verträge begründet worden sind. Vgl. KLINGER § 40 Anm. B I 1 = S. 131; SOERGEL-SIEBERT, Einl., Rdn. 55.

3) Vgl. H.J. WOLFF, AöR 76, 205 ff. und VerwR I, § 22 II a 7. WOLFF weist u.a. mit Recht darauf hin, daß es eine petitio principii sei, auf eine rechtliche Über- oder Unterordnung abzustellen, die erst die Folge des öffentlichen Rechts ist.

4) AöR 76, 205, 208 ff. (insbes. S. 210) und VerwR I, § 22 II c.

lich-rechtlich, wenn es sich aus einem Rechtssatz ergibt, der nicht jedermann verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur den Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet oder berechtigt[1].

Der Muter, dessen Antrag auf Verleihung des Bergwerkseigentums (Mutung, vgl. § 12 I ABG) den gesetzlichen Erfordernissen entspricht[2], erwirbt nach § 22 ABG einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums gegen den Staat[3]. Da der Verleihungsanspruch des § 22 ABG notwendig nur den Staat verpflichtet, ist er öffentlich-rechtlicher Art[4]. Er richtet sich gegen den Staat als Hoheitsträger. Die

---

1) H.J. WOLFF, VerwR I, § 22 II c; ebenso ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 40 Anm. II = S. 86; KLINGER § 40 Anm. B I 1; vgl. auch SOERGEL-SIEBERT, Einl., Rdn. 54, 55; MENGER, VerwArch. 54, 397; BVerwGE 7, 180; BVerfG, DVBl. 1963, 718, 726.

2) Vgl. oben S. 65.

3) § 22 ABG sagt zwar nicht ausdrücklich, daß sich der Verleihungsanspruch gegen den Staat richtet. Ausdrücklich ist das aber z.B. in Art. X der Novelle vom 18. Juni 1907 gesagt, der die Rechtsbehelfe gegen die auf Grund der sogen. lex Gamp vom 5. Juni 1905 erfolgte Zurückweisung von Mutungen regelt. Vgl. ISAY § 22 Rdn. 1.

4) Das wird schon in den Motiven deutlich, ohne daß der Verleihungsanspruch dort jedoch bereits ausdrücklich als öffentlich-rechtlicher Anspruch bezeichnet wird. Vgl. Motive des Regierungsentwurfs, ZfB 6, 103 f. und bei HAHN S. 94; Motive der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94 f. Zur öffentlich-rechtlichen Natur des Verleihungsanspruches vgl. dann: ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 512; RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228 = ZfB 29, 401, 403 f.; RG, Urt. v. 30.5.1927 = ZfB 69, 246, 252; OVG Lüneburg, Urt. v. 28.11.1958 = ZfB 100, 202, 206; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 22 Anm. 1; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 22/23 Anm. 1 und § 12 Anm. 1; ISAY § 22 Rdn. 2; VOELKEL, Grundzüge, S. 72; BOLDT § 22 Anm. 1; WILLECKE, Grundriß, S. 38; EBEL-WELLER § 22 Anm. 1; MIESBACH-ENGELHARDT § 12 ABG Rdn. 1 c.

formell und materiell ordnungsgemäße Mutung begründet ein subjektives öffentliches Recht des Muters[1].

Mit der Einlegung des Verleihungsantrages wird demnach zwischen dem Muter und dem Staat ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet. Bei der Verfolgung des Verleihungsanspruchs gegen den hier durch das Oberbergamt vertretenen Staat[2] handelt es sich mithin um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I VwGO. Die Streitigkeit ist weder verfassungsrechtlicher Art noch durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen (vgl. § 40 I 1 u. 2 VwGO). Während bei der Behauptung besserer Rechte durch dritte Mitbewerber der Rechtsstreit über das Bestehen des Verleihungsanspruchs durch § 23 ABG den Zivilgerichten zugewiesen sein könnte, findet sich im ABG keine Vorschrift, nach der auch in dem Fall, daß konkurrierende Mitbewerber nicht auftreten, eine Zuweisung an die ordentlichen Gerichte in Frage kommen könnte. Wird also eine Mutung wegen "anderer gesetzlicher Hindernisse" zurückgewiesen, so ist, sofern konkurrierende Dritte nicht vorhanden sind, für den Rechtsstreit zur Durchsetzung des Verleihungsanspruchs gegen den Staat allein der Verwaltungsrechtsweg zulässig[3].

2. Klageart

Als verwaltungsgerichtliche Klagen, die bei einer den Verleihungsantrag des Muters zurückweisenden Entscheidung des Oberbergamtes erhoben werden könnten,

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT § 22 ABG Rdn. 1; HUBER, Bd. II, S. 109.

2) Vgl. §§ 30, 32 ABG.

3) EBEL-WELLER § 22 Anm. 2 und § 23 Anm. 1 = S. 84; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 1; H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 268.

kommen nach § 42 I VwGO die Anfechtungsklage, die die Aufhebung eines Verwaltungsaktes zum Ziele hat, und die Verpflichtungsklage, die den Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes bezweckt, in Betracht.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der genannten Klagen ist zunächst, daß ein Verwaltungsakt vorliegt oder begehrt wird. Ist die Maßnahme, gegen die sich die Klage wendet oder deren Vornahme mit der Klage begehrt wird, kein Verwaltungsakt, so ist die Klage schon nach § 42 I VwGO unzulässig[1].

Die Versagung der beantragten Verleihung des Bergwerkseigentums ist ebenso wie die Verleihung des Bergwerkseigentums ein Verwaltungsakt, nämlich eine Entscheidung, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird[2]. Die Verleihung des Bergwerkseigentums gehört dabei zur Gruppe der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte[3]. Durch den Staatshoheitsakt der Verleihung wird ein privates Recht, das Bergwerkseigentum, begründet[4].

---

1) h.M. - vgl. BVerwG, Urt. v. 21.10.1955 = DVBl. 1956, 136 = JZ 1956, 341 = NJW 1956, 235 = BVerwGE 2, 273; Urt. v. 20.7.1962 = BVerwGE 14, 323; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 4 = S. 129 m. w. Nachw.
A.A. EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 12 und KLINGER § 42 Anm. B 2 = S. 163 f., die die Klagen schon dann als zulässig ansehen, wenn nach der Behauptung des Klägers die behördliche Handlung ein Verwaltungsakt sein kann.

2) Zur Definition vgl. § 25 I 1 MRVO Nr. 165; BVerwGE 2, 273 und 4, 258; kritisch H.J. WOLFF, VerwR I, § 46 I.

3) ISAY § 22 Rdn. 10; EBEL-WELLER § 30 Anm. 1; HUBER, Bd. II, § 8 = S. 72 ff., insbes. S. 77/78; MERK, VerwR, S. 826; BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 149 FN 63. Vgl. auch H.J. WOLFF, VerwR I, § 47 I b; v. TUREGG-KRAUS S. 134 m.w. Nachw.

4) Vgl. RG, Urt. v. 30.5.1927 = ZfB 69, 246, 252.

Wenn die Verleihung des Bergwerkeigentums versagt wird, könnte angenommen werden, daß gegen diese Entscheidung die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage zusammen erhoben werden müßten, die Anfechtungsklage, um den beschwerenden Verwaltungsakt zu beseitigen, den der ablehnende Bescheid darstellt, und die Verpflichtungsklage, um den begehrten Verwaltungsakt, die Verleihung des Bergwerkseigentums, tatsächlich zu erreichen. Es genügt jedoch, allein die Verpflichtungsklage auf Vornahme der Verleihung zu erheben, da sie, wie sich aus § 42 I und § 113 IV VwGO ergibt, im Falle der Begründetheit auch zur Aufhebung der ablehnenden Entscheidung des Oberbergamtes führt und damit insoweit die Funktion der Anfechtungsklage wahrnimmt. Die Aufhebung der ablehnenden Entscheidung ist dabei jedoch nur Nebenfolge, nicht unmittelbares Ziel der Verpflichtungsklage[1]. Die Verpflichtungsklage hat insoweit einen Doppelcharakter: Soweit sie auf die begehrte Verleihung des Bergwerkseigentums gerichtet ist, ist sie Leistungsklage; soweit sie als Voraussetzung dieses Ziels die Beseitigung der ablehnenden Entscheidung des Oberbergamtes verfolgt, ist sie Gestaltungsklage. Es ist also bei der Versagung der beantragten Verleihung des Bergwerkseigentums nicht erforderlich, daß die Anfechtungsklage und die Verpflichtungsklage zusammen erhoben werden. Der Muter kann sich vielmehr darauf beschränken, die Verpflichtungsklage zu erheben[2].

---

1) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 10; KLINGER § 42 Anm. A 2 b; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. I 1 = S. 117; BETTERMANN, NJW 1960, 649, 651; BVerwG, Urt. v. 17.12.1954 = NJW 1955, 434 = BVerwGE 1, 291, 297; Urt. v. 21.6.1961 = DVBl. 1962, 138; a.A. MAETZEL, DöV 1955, 397, 398 und SCHÄFER, DVBl. 1960, 837, 840, die annehmen, daß die Verpflichtungsklage nicht ohne die Anfechtungsklage erhoben werden könne.

2) Unklar insoweit MIESBACH-ENGELHARDT (vgl. Rdn. 3 b 1 zu § 31 ABG), die als Rechtsbehelf des Muters zunächst die Anfechtungsklage nennen, dann aber für den Urteilsinhalt auf § 113 IV VwGO verweisen,

3. Klagebefugnis

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung der Verpflichtungsklage ist nach § 42 II VwGO, daß der mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesene Muter als Kläger geltend macht, durch die Ablehnung des begehrten Verwaltungsaktes der Verleihung des Bergwerkseigentums in seinen Rechten verletzt zu sein. Das bedeutet nicht, daß er tatsächlich in seinen Rechten verletzt sein muß. Er muß vielmehr lediglich tatsächliche Behauptungen aufstellen, die eine Verletzung seiner Rechte als möglich erscheinen lassen, wenn sich die Ablehnung des Verwaltungsaktes als objektiv rechtswidrig erweist[1]. Kurz formuliert das Bundesverwaltungsgericht, die Darlegungen des Klägers müßten ersehen lassen, daß die Verletzung seiner Rechte in Betracht komme[2]. Diese Voraussetzungen sind bei der Verpflichtungsklage dann erfüllt, wenn der Kläger geltend macht, einen Rechtsanspruch auf Erlaß des von ihm begehrten Verwaltungsaktes zu haben, so daß ihn die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt[3]. Demnach ist der mit seinem Antrag auf Verleihung des Bergwerkseigentums zurückgewiesene Muter nach § 42 II VwGO klagebefugt, wenn er schlüssig behauptet, gem. § 22 ABG einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums zu haben.

---

der sich ausschließlich auf die Verpflichtungsklage bezieht. Ebenfalls unklar EBEL-WELLER (vgl. Anm. 1 zu § 23), die lediglich von der Anfechtung eines Verwaltungsaktes - des Zurückweisungsbeschlusses - sprechen.

1) KLINGER § 42 Anm. B 1; EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 85; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III 1 a m. w. Nachw.

2) BVerwG, Urt. v. 29.1.1959 = DÖV 1959, 827 ff. = MDR 1959, 422.

3) BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 = BVerwGE 7, 89, 92; KLINGER § 42 Anm. B 1; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 3; EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 91.

4. Vorverfahren

Nach § 68 II VwGO kann die Verpflichtungsklage auf Vornahme eines abgelehnten Verwaltungsaktes ebenso wie die Anfechtungsklage in der Regel nur erhoben werden, wenn zuvor ein verwaltungsbehördliches Vorverfahren stattgefunden hat. In diesem Vorverfahren, das gem. § 69 VwGO mit der Erhebung des Widerspruchs beginnt, sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des ablehnenden Bescheides nachzuprüfen (vgl. § 68 I VwGO). Die Einhaltung des Vorverfahrens ist Sachurteilsvoraussetzung, so daß die Klage als unzulässig abzuweisen ist, wenn der Kläger es unterlassen hat, vor Erhebung der Verpflichtungsklage Widerspruch zu erheben[1].

Der mit seinem Verleihungsantrag abgewiesene Muter muß also vor Erhebung der Verpflichtungsklage zunächst Widerspruch gegen die ablehnende Entscheidung des Oberbergamtes einlegen. Nun entfällt zwar in Nordrhein-Westfalen nach § 68 I VwGO i. Vbdg. m. § 6 I AG VwGO[2] das Vorverfahren dann, wenn eine Kollegialbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt oder die Ablehnung eines Verwaltungsaktes in einem förmlichen Verfahren beschlossen hat, und der Beschluß, durch den das Oberbergamt nach § 31 I ABG über die Versagung der Verleihung des Bergwerkseigentums entscheidet, erging auch - dem für die Oberbergämter seit alters her geltenden Kollegialsystem entsprechend[3] - bis in die neueste Zeit in Form

---

1) Vgl. JLE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 68 Anm. I = S. 250 oben; KLINGER § 68 Anm. C 1 u. 2; EYERMANN-FRÖHLER § 68 Rdn. 2.

2) Gesetz zur Ausführung der VwGO vom 21. Jan. 1960 im Lande Nordrhein-Westfalen vom 26. März 1960 (GV NW S. 47).

3) Die kollegiale Verfassung der Oberbergämter hat ihre rechtliche Grundlage nicht im ABG vom 24. Juni 1865. Sie ist vielmehr auf eine Regierungsinstruktion vom 23. Okt. 1817 (GS S. 248) und

eines Kollegialbeschlusses. Dieses förmliche Beschlußverfahren ist jedoch im Jahre 1962 durch § 26 I LOG NW[1] aufgehoben worden, so daß die Voraussetzungen des § 6 I AG VwGO nicht mehr gegeben sind. Der abgewiesene Muter muß also dem Grundsatz des § 68 I VwGO entsprechend vor Erhebung der Verwaltungsgerichtsklage gem. § 69 VwGO Widerspruch einlegen[2].

Der Widerspruch ist nach § 70 I VwGO innerhalb eines Monats, nachdem dem Muter der Beschluß des Oberbergamtes zugestellt worden ist[3], schriftlich oder zur

---

eine Kabinettsorder vom 31. Dez. 1825 (GS 1826 S. 5) zurückzuführen. Die nähere Ausgestaltung brachte die nicht veröffentlichte Geschäftsordnung vom 15. Sept. 1888. Als Kollegialbeschlüsse waren nach § 3 der Geschäftsordnung Angelegenheiten zu erledigen, in denen das ABG - wie in § 31 I - einen Beschluß ausdrücklich vorschreibt. In NRW ist durch die Geschäftsordnung für die Oberbergämter des Landes NRW vom 11. März 1960 (MBl. S. 1277) das schwerfällige Kollegialsystem durch die Direktorialverfassung (Präsidialprinzip) ersetzt worden. Doch wurden diejenigen Entscheidungen, für die das ABG einen Beschluß vorsieht, auch nach Erlaß der Geschäftsordnung noch durch das Oberbergamtskollegium getroffen. Erst durch § 26 I LOG NW vom 10. Juli 1962 wurde auch für diese Fälle das Beschlußverfahren abgeschafft.
Vgl. EBEL-WELLER § 190 Anm. 1; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 191 ff. ABG Rdn. 1 c; 187, 188 ABG Rdn. 5 d; WILLECKE, ZfB 98, 387 u. 102, 121; BUSSE, ZfB 101, 174.

1) Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung - Landesorganisationsgesetz - vom 10. Juli 1962 (GV NW S. 421).

2) MIESBACH-ENGELHARDT §§ 191 ff. ABG Rdn. 1 b, c; EBEL-WELLER § 191 Anm. 2 u. § 31 Anm. 1.

3) Da nach § 31 I ABG die förmliche Zustellung des Beschlusses vorgeschrieben ist, wird die Widerspruchsfrist nicht schon mit der Bekanntgabe, sondern erst mit der ordnungsgemäßen Zustellung in Lauf gesetzt. Vgl. KLINGER § 70 Anm. C 1 a; REDEKER-v. OERTZEN § 70 Rdn. 2; SCHUNCK-De CLERCK §§ 69, 70 Anm. 6; KOEHLER § 70 Anm. II; EYERMANN-FRÖHLER (§ 70 Rdn. 4) halten dagegen generell die Zustellung der Rechtsmittelbelehrung für erforderlich, um die Monatsfrist beginnen zu lassen.

Niederschrift beim Oberbergamt als der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, zu erheben. Die Widerspruchsfrist wird jedoch gem. § 70 II i. Vbdg. m. § 58 I VwGO nur dann in Lauf gesetzt, wenn dem abgewiesenen Muter eine ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist, d.h., wenn er über die Möglichkeit des Widerspruchs, die Verwaltungsbehörde, bei dem er einzulegen ist, deren Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich belehrt worden ist[1].

Hält das Oberbergamt den Widerspruch für zulässig und begründet, so hilft es ihm ab (vgl. § 72 VwGO). Hält es ihn für unzulässig oder unbegründet, so erläßt es gem. § 73 I VwGO einen Widerspruchsbescheid, der zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen ist (vgl. § 73 III VwGO). Während grundsätzlich die nächsthöhere Behörde den Widerspruchsbescheid erläßt, entscheidet hier das Oberbergamt selbst über den Widerspruch, da die nächsthöhere Behörde eine oberste Landesbehörde ist (vgl. § 73 I Ziff. 2 VwGO).

5. Klagefrist, Gerichtsstand

Der Widerspruchsbescheid setzt die Klagefrist in Lauf. Nach § 74 II VwGO muß der abgewiesene Muter die Verpflichtungsklage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides erheben[2]. Die Klagefrist beginnt nach § 58 I VwGO nur dann zu laufen, wenn der Widerspruchsbescheid mit einer Rechts-

---

1) Gem. § 58 II VwGO ist jedoch nach Ablauf eines Jahres seit Zustellung des Oberbergamtsbeschlusses der Widerspruch auch dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsmittelbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt ist.

2) Zur Form und zum Inhalt der Klage vgl. §§ 81, 82 VwGO.

mittelbelehrung versehen ist[1]. Wird die Klagefrist versäumt, so ist die Klage unzulässig und kann durch Vorbescheid abgewiesen werden (vgl. § 84 I VwGO).

Gem. § 78 I Ziff. 2 VwGO i. Vbdg. m. § 5 II nwAG VwGO[2] ist die Klage gegen die Behörde zu richten, die den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Der abgewiesene Muter muß also gegen das Oberbergamt klagen, das seinen Verleihungsantrag zurückgewiesen hat.

Der Gerichtsstand wird durch § 52 VwGO bestimmt. Nach § 52 Ziff. 1 VwGO ist in Streitigkeiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder ein ortsgebundenes Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, nur das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Vermögen oder der Ort liegt. Der Rechtsstreit zwischen dem mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesenen Muter und dem Oberbergamt bezieht sich auf das Bergwerkseigentum in dem begehrten Felde. Dieses Bergwerkseigentum ist aber als "unbewegliches Vermögen" i.S. des § 52 Ziff. 1 VwGO aufzufassen, da nach § 50 II ABG die sich auf Grundstükke beziehenden Vorschriften des BGB grundsätzlich auch für das Bergwerkseigentum gelten und alle in § 864 I ZPO aufgeführten Gegenstände, also außer den Grundstücken insbesondere auch "die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten", als unter den Begriff "unbewegliches Vermögen" i.S. des § 52 Ziff. 1 VwGO fallend angesehen werden[3]. Überdies wird man das Bergwerks-

---

1) Gem. § 58 II VwGO ist die Klage allerdings auch bei unterbliebener oder unrichtiger Rechtsmittelbelehrung nach Ablauf eines Jahres seit der Zustellung des Widerspruchsbescheides ausgeschlossen.

2) Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960 im Lande Nordrhein-Westfalen vom 26. März 1960 (GV NW S. 47, ber. GV NW 1960 S. 68).

3) Vgl. KLINGER § 52 Anm. B 1; EYERMANN-FRÖHLER § 52 Rdn. 3; REDEKER-v.OERTZEN § 52 Rdn. 6.

eigentum, das nach h.M. einen Komplex von Rechten mit einem privilegierten Aneignungsrecht als Kern darstellt[1], auch als "ortsgebundenes Recht" i.S. des § 52 Ziff. 1 VwGO ansehen können, nämlich als das auf das begehrte Feld bezogene bergrechtliche Aneignungsrecht. Demnach ist für den Rechtsstreit über die Verleihung des Bergwerkseigentums in einem bestimmten Felde das Verwaltungsgericht ausschließlich örtlich zuständig, in dessen Bezirk das begehrte Bergwerksfeld liegt[2].

6. Urteil, Rechtsmittel

Wenn die Ablehnung der beantragten Verleihung des Bergwerkseigentums rechtswidrig und der abgewiesene Muter dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hat das Verwaltungsgericht bei Spruchreife die Verpflichtung des Oberbergamtes auszusprechen, die beantragte Verleihung des Bergwerkseigentums vorzunehmen. Ist die Sache dagegen noch nicht spruchreif, kann also das Gericht nach den von ihm getroffenen Feststellungen über die Verpflichtung des Oberbergamtes zum Erlaß des beantragten Verwaltungsaktes der Verleihung noch nicht entscheiden[3], so spricht das Gericht die Verpflichtung des Oberbergamtes aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erneut zu bescheiden (vgl. § 113 IV VwGO). In beiden Fällen hat das Gericht den entgegenstehenden Beschluß des Oberbergamtes und den diesen Beschluß bestätigenden Widerspruchsbescheid im Urteils-

---

1) Vgl. WESTERMANN, ZfB 106, 122, 130 FN 29 und oben S. 4 FN 2 m. w. Nachw.

2) Vgl. EBEL-WELLER § 191 Anm. 3; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 3 b 1.

3) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. II = S. 385; KLINGER § 113 Anm. D 1 a; EYERMANN-FRÖHLER § 113 Rdn. 61.

tenor ausdrücklich aufzuheben[1].

Gegen ein klageabweisendes Urteil des Verwaltungsgerichts ist die Berufung an das Oberverwaltungsgericht zulässig. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht einzulegen, dessen Urteil angefochten wird, kann aber auch beim Oberverwaltungsgericht selbst eingereicht werden (vgl. § 124 VwGO).

Die Revision gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts ist nur dann statthaft, wenn sie vom Oberverwaltungsgericht ausdrücklich zugelassen ist (§ 132 VwGO) oder wenn sie auf wesentliche Mängel des Berufungsverfahrens gestützt wird (§ 133 VwGO).

B. Rechtsbehelfe des Muters bei Behauptung besserer Rechte durch konkurrierende Dritte

Wenn dem Muter, dessen Antrag auf Verleihung des Bergwerkseigentums vom Oberbergamt zurückgewiesen worden ist, von dritten Personen die Behauptung eines besseren Rechts entgegengesetzt wird, kommen als Rechtsschutzmöglichkeiten einmal die Rechtsbehelfe des Verwaltungsstreitverfahrens und zum anderen die zivilgerichtliche Verleihungsklage des § 23 ABG in Betracht[2].

---

1) So EYERMANN-FRÖHLER § 113 Rdn. 65; KLINGER § 113 Anm. D 5 a; REDEKER-v.OERTZEN § 113 Rdn. 18 m. w. Nachw.. A.A. BETTERMANN, NJW 1960, 649, 651; SCHUNCK-De CLERCK § 113 Anm. 3 b cc; BVerwG, Urt. v. 17.12.1954 = BVerwGE 1, 291, 296 f.; Aufhebung zweckmäßig. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. II = S. 384; CZERMAK, NJW 1962, 776: Keine Aufhebung im Urteil, sondern durch die Behörde.

2) Vgl. oben S. 11 ff. und S. 13 sowie S. 65 f.

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges ist nach § 40 I VwGO, daß eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

a) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

Wie bei der Erörterung der Rechtsbehelfe des Muters in dem Fall, daß konkurrierende Dritte nicht auftreten, im einzelnen dargelegt worden ist[1], handelt es sich bei der Verfolgung des in § 22 ABG normierten Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums gegen den Staat um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I VwGO. Es macht dabei keinen Unterschied, ob das Oberbergamt den Verleihungsantrag des Muters wegen entgegenstehender besserer Rechte Dritter zurückgewiesen hat, oder ob es die Verleihung wegen anderer gesetzlicher Hindernisse versagt hat. Ohne Belang ist insoweit auch, ob bei der Zurückweisung der Mutung wegen anderer gesetzlicher Hindernisse ein Mitbewerber vorhanden ist, der den gleichen Mutungsgegenstand in Anspruch nimmt, oder ob ein solcher Mitbewerber nicht auftritt. In allen Fällen sucht der Muter sein subjektives öffentliches Recht auf Verleihung des Bergwerkseigentums gegenüber dem Staat durchzusetzen.

Während aber dann, wenn ein konkurrierender Dritter nicht auftritt, für die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums nach § 40 I VwGO allein der Verwaltungsgerichtsweg

---

1) Vgl. oben S. 67 ff.

eröffnet ist, fragt es sich in dem Fall, daß dritte Personen dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, ob nicht die Streitigkeit gem. § 40 I 2 VwGO i. Vbdg. m. § 23 ABG den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist, so daß der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen wäre. Denn § 23 ABG bestimmt, daß der Anspruch vor den ordentlichen Gerichten nicht gegen die verleihende Bergbehörde, sondern nur gegen die Personen verfolgt werden kann, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen.

b) Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges durch Zuweisung an die ordentlichen Gerichte?

Da das ABG Landesrecht ist[1)], handelt es sich bei dem Streit um die Durchsetzung des Verleihungsanspruchs aus § 22 ABG gegen den Staat um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit auf dem Gebiet des Landesrechts. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können aber nach § 40 I S. 2 ABG einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden. Demnach könnte der Rechtsstreit über die Verleihung des Bergwerkseigentums durch § 23 ABG vor die Zivilgerichte verwiesen sein.

aa) Fortgeltung der Zuständigkeitsregelung des § 23 ABG

Bedenken gegen die Möglichkeit einer derartigen Zuweisung ergeben sich nun zunächst daraus, daß § 23 ABG eine landesrechtliche Vorschrift ist, die be-

---

1) Mangels einheitlicher Geltung innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen ist es gem. Art. 125 i. Vbdg. m. Art. 74 Ziff. 11 GG nicht Bundesrecht geworden, sondern gilt als Landesrecht fort, vgl. oben S. 1 FN 1.

reits vor dem Inkrafttreten der VwGO am 1. April 1960[1] galt. Nach wohl überwiegender Auffassung gelten nämlich die Zuweisungen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts an die Zivilgerichte durch frühere, d.h. vor dem Inkrafttreten der VwGO erlassene Landesgesetze nicht fort[2]. Die Streitfrage, ob § 40 I 2 VwGO nur künftiges oder auch früheres Landesrecht als Zuweisungsvorschrift zuläßt, kann hier jedoch offen bleiben, da das ABG in Nordrhein-Westfalen durch das Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. November 1961[3] als weitergeltende Rechtsvorschrift in die Anlage I zu diesem Gesetz[4] aufgenommen und neu gefaßt worden ist[5]. Damit ist die in § 23 ABG getroffene Zuständigkeitsregelung durch ein nach Inkrafttreten der VwGO erlassenes Gesetz ausdrücklich aufrechterhalten worden, so daß sie auch als Zuweisungsvorschrift i.S. des § 40 I 2 VwGO weiter gelten könnte[6].

Indessen ergibt sich gerade aus dem Gesetz zur Bereinigung des preußischen Rechts vom 7. Nov. 1961

---

1) Vgl. § 195 I VwGO.

2) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER § 40 Rdn. 90; KLINGER § 40 Anm. B II 1; REDEKER-v.OERTZEN § 40 Rdn. 20; MEYER-HENTSCHEL, DöV 1959, 921, 923; SCHÄFER, DVBl. 1960, 837; a.A. KOEHLER § 40 Anm. X unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte, sowie ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 40 Anm. IV 1 = S. 93 f. und SCHUNCK-De CLERCK § 40 Anm. 2 b aa, die meinen, daß unter § 40 I S. 2 VwGO auch Zuweisungen auf Grund fortgeltender früherer Gesetze zu verstehen sind; ebenso MIESBACH-ENGELHARDT §§ 191 ff. ABG Rdn. 1 a.

3) GV NW S. 325.

4) PrGS NW GlNr. 75 = S. 164.

5) Vgl. oben S. 1 FN 1.

6) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER § 40 Rdn. 90; KLINGER § 40 Anm. B II 1.

ein weiteres Bedenken gegen die Wirksamkeit der Zuständigkeitsregelung des § 23 ABG und der danach möglichen Zuweisung vor die ordentlichen Gerichte. Es fragt sich nämlich, ob nicht auf Grund dieses Gesetzes für den Streit über die Verleihung des Bergwerkseigentums die mögliche Zweigleisigkeit des Rechtsweges generell beseitigt und nur noch der Verwaltungsrechtsweg gegeben sein soll. Diesen Schluß legen § 2 Ziff. 3 des Bereinigungsgesetzes, der § 38 a ABG geändert hat, und die entsprechende Stelle in der Begründung des Regierungsentwurfes nahe. Gem. § 2 Ziff. 3 des Gesetzes ist § 38 a ABG, der die nachträgliche Aufhebung des Bergwerkseigentums betrifft, dahingehend geändert worden, daß die Möglichkeit der Klage vor dem ordentlichen Gericht beseitigt und klargestellt worden ist, daß die Entscheidung des Oberbergamtes über die Nichtverleihbarkeit des Minerals nur mit der Verwaltungsgerichtsklage angefochten werden kann[1]. Zu dieser Änderung des ABG ist in der Begründung zum Regierungsentwurf folgendes ausgeführt:

> "Nach der bisherigen Fassung des § 38 a war es streitig, ob gegen die Entscheidung des Oberbergamtes über die Rechtmäßigkeit der Verleihung die Klage vor den ordentlichen Gerichten und - nach Einführung der Generalklausel durch die MRVO 165 - auch das Verwaltungsstreitver-

---

1) Gem. § 2 Ziff. 3 sind in § 38 a ABG Abs. 1 S. 2 u. 3 sowie Abs. 2 gestrichen worden, wonach der Antragsteller, dessen Antrag auf Feststellung der Nichtverleihbarkeit vom Oberbergamt als unbegründet abgelehnt worden ist, innerhalb eines Monats seit Rechtskraft dieser bergbehördlichen Entscheidung die Nichtverleihbarkeit des Minerals auf dem ordentlichen Rechtswege geltend machen konnte. In Abs. 3 ist dementsprechend durch Einfügung des Wortes "verwaltungsgerichtliches" vor dem Wort "Urteil" klargestellt worden, daß die Entscheidung über die Nichtverleihbarkeit durch Beschluß des Oberbergamtes oder durch verwaltungsgerichtliches Urteil ergeht. - Zur neuen und alten Fassung des § 38 a vgl. EBEL-WELLER S. 9 u. S. 98.

fahren vor den Verwaltungsgerichten gegeben war[1]. Damit konnten zu der gleichen Frage widersprechende Entscheidungen ergehen. Um das zu vermeiden, ist es notwendig, durch Änderung des § 38 a nur noch den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zuzulassen, zumal nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ein Bedürfnis für die Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges nicht mehr besteht."[2]

Nun handelt es sich nicht nur in dem Fall, daß das Bergwerkseigentum auf ein dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegendes Mineral verliehen worden ist (§ 38 a), sondern auch in den Fällen, in denen ein Dritter mit seinem Einspruch oder Anspruch bei der Verleihung des Bergwerkseigentums abgewiesen (§ 31 II: Einspruchsklage) oder ein Muter nicht am Verleihungsverfahren beteiligt worden ist (§ 35 II: Widerspruchsklage), um einen Streit über die Rechtmäßigkeit der Verleihung. Schließlich liegt auch dann ein Streit über die Rechtmäßigkeit der Verleihung vor, wenn der vom Oberbergamt abgewiesene Muter sein Recht gegenüber denjenigen Personen verfolgt, die ihm die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen (§ 23: Verleihungsklage). Gleichwohl ist der Schluß verfehlt, daß auf Grund des Bereinigungsgesetzes nunmehr in allen Fällen eines solchen Streites über die Rechtmäßigkeit der Verleihung die mögliche Zweigleisigkeit des Rechtsweges beseitigt ist, also nur noch der Verwaltungsrechtsweg zugelassen, der ordentliche Rechtsweg jedoch nicht mehr eröffnet ist. Das ergibt sich daraus, daß eben nur im Falle des § 38 a ABG der Zivilrechtsweg ausgeschlossen worden ist, während in §§ 23, 31 II und 35 II ABG n.F. auch weiterhin ausdrücklich von den ordentlichen

---

1) Vgl. hierzu H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 269; KIESBACH-ENGELHARDT, Anm. zu § 38 a ABG mit Verweisung auf Rdn. 3 c zu Art. 34 bayBergG-§ 31 ABG.

2) Drucksachen des Landtages NW 4. Wahlperiode, Bd. 4, Drucksache Nr. 492 S. 20 (Begründung, B, zu § 2 Ziff. 3).

Gerichten gesprochen wird[1]. Einen Grund für die differenzierte Behandlung der in §§ 23, 31 II, 35 II und 38 a ABG geregelten Fälle lassen die Gesetzesmaterialien allerdings nicht erkennen.

bb) Inhalt des § 23 ABG

Bedenken gegen die Auffassung, daß die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums durch § 23 ABG den Zivilgerichten zugewiesen wird, ergeben sich schließlich aus der Vorschrift des § 23 ABG selbst. Der Wortlaut des § 23 ABG, nach dem "dieser Anspruch jedoch vor den ordentlichen Gerichten nicht gegen die verleihende Bergbehörde, sondern nur gegen diejenigen Personen verfolgt werden kann, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen", ist nicht eindeutig.

a_1) Möglichkeiten der Auslegung

Zunächst kann der Wortlaut so verstanden werden, daß durch § 23 ABG eine Regelung für die gerichtliche Verfolgung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums (vgl. § 22 ABG) geschaffen sein soll. Für diese Auffassung spricht die Formulierung, nach der "dieser Anspruch" vor den ordentlichen Gerichten ... verfolgt werden kann. Hiermit scheint nur der in dem vorangegangenen § 22 ABG normierte öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch gemeint sein zu können. Geht man davon aus, so ergeben sich zwei Auslegungsmöglichkeiten: Einmal kann der Wortlaut dann so verstanden werden, daß bei

1) So OVG Mstr., Urt. v. 17.10.1962 = ZfB 104, 88, 92 f. = DVBl. 1963, 336 ff.

Behauptung eines besseren Rechts durch einen Dritten der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums nur vor dem ordentlichen Gericht und nur gegen den Dritten verfolgt werden kann. Nach dieser Auffassung liegt es nahe, in § 23 ABG eine echte Verweisungsvorschrift i.S. des § 40 I S. 2 VwGO zu sehen, wobei allerdings die Besonderheit zu beachten wäre, daß der gegen den Staat gerichtete öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch nunmehr vor dem ordentlichen Gericht nicht gegen den Staat (wie es doch vor dem Verwaltungsgericht geschähe), sondern gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten verfolgt würde. Zum anderen erscheint nach dem Wortlaut des § 23 ABG aber auch die Auslegung als möglich, daß der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten vor dem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden kann, während es für die Durchsetzung dieses Anspruchs gegen den durch das Oberbergamt vertretenen Staat bei dem Verwaltungsrechtsweg bleibt. Nach dieser Ansicht würde § 23 ABG keine Zuweisung i.S. des § 40 I S. 2 VwGO enthalten.

Nun kann aber § 23 ABG auch so verstanden werden, daß er gar keine Regelung des Rechtsweges für die Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums enthält, sondern daß er vielmehr eine Regelung zum Schutze einer privatrechtlichen Rechtsstellung darstellt, die der Muter mit der Einlegung seiner den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Mutung erlangt. Zu denken ist hier an eine Anwartschaft auf das Bergwerkseigentum. Nach dieser Auffassung hat der Muter im Falle der Behauptung eines besseren Rechts durch einen Dritten einmal die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsklage, um seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums gegen die Bergbehörde durchzusetzen, die seinen Verleihungsantrag zurück-

gewiesen hat (vgl. §§ 40, 42 VwGO). Zum anderen wird die Rechtsstellung des Muters vor der Verleihung in diesem Fall aber auch als Privatrecht (Anwartschaftsrecht) geschützt, indem gegen den das bessere Recht behauptenden Dritten zusätzlich der Zivilrechtsweg beschritten werden kann (vgl. § 23 ABG). Zu beachten ist hierbei, daß das zivilgerichtliche Urteil entsprechend § 35 IV ABG dann auch das Oberbergamt bindet[1]. So betrachtet ist § 23 ABG keine Verweisungsvorschrift i.S. des § 40 I 2 VwGO, da keine "öffentlich-rechtliche Streitigkeit" dem ordentlichen Gericht zugewiesen, sondern lediglich deklaratorisch festgestellt wird, daß der Privatrechtsstreit um das Anwartschaftsrecht vor das Zivilgericht gehört. Allerdings müßte bei dieser Ansicht die vom Gesetzgeber in § 23 ABG gewählte Formulierung "dieser Anspruch" so verstanden werden, daß damit nicht der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch des § 22 ABG, sondern das private (Anwartschafts-)Recht aus der Mutung bezeichnet werden soll.

Der Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten einer Auslegung des § 23 ABG zeigt, daß es sehr fraglich ist, ob im Falle der Behauptung eines besseren Rechts durch einen Dritten der Verwaltungsrechtsweg durch Zuweisung vor die ordentlichen Gerichte ausgeschlossen ist, oder ob § 23 ABG lediglich klarstellt, daß der Zivilrechtsweg neben dem Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

b_1) Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen

In Rechtsprechung und Literatur hat sich eine einheitliche oder auch nur überwiegende Meinung zu die-

---

1) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2 a.E.

sem Problem bisher nicht gebildet. Soweit überhaupt auf das Verhältnis zwischen der Klage vor dem Verwaltungsgericht und der Klage vor dem ordentlichen Gericht eingegangen wird[1], fehlt doch vielfach eine eingehende Auseinandersetzung mit der grundlegenden Frage, ob § 23 ABG die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums dem ordentlichen Gericht zuweist, oder ob § 23 ABG vielmehr den Rechtsschutz eines durch die ordnungsgemäße Mutung begründeten privaten Rechts des Muters betrifft.

Die zur Frage des Verhältnisses zwischen dem Verwaltungsrechtsweg und dem Zivilrechtsweg im Schrifttum vertretenen Ansichten bilden zwei Gruppen, wobei die Meinungen innerhalb der beiden Gruppen wiederum differieren. Einerseits wird angenommen, daß dem abgewiesenen Muter im Falle der Behauptung besserer Rechte durch konkurrierende Dritte nur die Klage vor dem ordentlichen Gericht zustehe, während die Klage im Verwaltungsstreitverfahren unzulässig sei. Andererseits wird die Auffassung vertreten, daß bei einer Kollision mit besseren Rechten Dritter der Verwaltungsrechtsweg und der Weg zu den ordentlichen Gerichten für den Muter eröffnet seien.

Nach Ebel-Weller sind in allen Fällen, in denen das Oberbergamt in irgend einer Form über die Mutung entscheidet, grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig[2]. Der Verwaltungsrechtsweg sei jedoch gem. § 40 I 2 VwGO insoweit ausgeschlossen, als das Gesetz ausdrücklich den Zivilrechtsweg eröffne[3]. So sei im

---

1) Vgl. insbes. EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 u. § 31 Anm. 1; KIESBACH-ENGELHARDT § 23 ABG Rdn. 1 u. 2, § 31 Rdn. 3 u. §§ 191 ff. ABG Rdn. 1 a; REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 31 Anm. 1; H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 267 ff.; siehe auch den Hinweis bei WESTERMANN, ZfB 106, 126 FN 17.

2) EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 a.E. = S. 84.

3) EBEL-WELLER § 31 Anm. 1.

Fall der Verleihungsklage nach § 23 ABG allein das ordentliche Gericht zuständig, während die Klage im Verwaltungsstreitverfahren wegen der hier vorgesehenen Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten unzulässig sei (§ 40 I VwGO)[1]. Ebel-Weller nehmen danach anscheinend an, daß die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über das Bestehen des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums (§ 22 ABG) durch § 23 ABG den Zivilgerichten zugewiesen ist. Dementsprechend formulieren sie auch, daß der in § 22 begründete Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums nach § 23 nur auf dem "Rechtswege" (d.h. vor den ordentlichen Gerichten) durchgesetzt werden könne[2]. Wenn Ebel-Weller dann darauf hinweisen, daß Prozeßgegner in diesem Fall nicht der durch das Oberbergamt vertretene Staat, sondern diejenige Person sei, die ein besseres Recht auf die Verleihung zu haben behauptet[3], so vermißt man hier ein Eingehen auf die nach dieser Auffassung bestehende Besonderheit, daß der gegen den Staat gerichtete öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch aus § 22 ABG vor dem ordentlichen Gericht gegen eine Privatperson durchgesetzt wird.

Vor Ebel-Weller hat sich bereits H.W. Schulte mit der Problematik des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren auseinandergesetzt[4]. In seiner zeitlich vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 liegenden Untersuchung geht H.W. Schulte von dem durch die MRVO Nr. 165 geschaffenen Rechtszustand aus, der aber der heutigen Rechtslage weitgehend entsprach[5]. Grundsätzlich hält auch

---

1) EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 84.

2) EBEL-WELLER § 23 Anm. 1, erster Satz.

3) EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 83.

4) H.W. SCHULTE, Berggesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Glückauf 1953, 264 ff.

5) Vgl. oben S. 9 f. und S. 60 ff.

H.W. Schulte bei Entscheidungen des Oberbergamtes den Verwaltungsrechtsweg für gegeben[1]. Die Klagemöglichkeit vor dem Verwaltungsgericht sei jedoch ausgeschlossen im Falle des § 15 I Ziff. 2 ABG, wenn dem Oberbergamt die Gültigkeit der Mutung zweifelhaft erscheine, "weil bessere Rechte auf den Fund entgegenstehen". Zwar sei die Entscheidung des Oberbergamtes hierüber auch ein Verwaltungsakt. Diesen könne der Muter vor dem Verwaltungsgericht aber nicht anfechten. Denn die verwaltungsgerichtliche Klage würde - so meint H.W. Schulte weiter - dem konstruktiven Grundsatz des ABG widersprechen, nach dem privatrechtliche Einwendungen gegen die Mutung oder die Verleihung, wie mangelnde Feldesfreiheit oder ältere Finder- und Muterrechte, auf dem (Verwaltungs-)Rechtsweg gegen das Oberbergamt nicht durchgesetzt werden dürften (Grundregel des § 23 ABG). Daß diese Grundregel des § 23 ABG die verwaltungsgerichtliche Klage verbiete, ergebe sich aus § 22 III MRVO Nr. 165[2], der eindeutig bestimme, daß Angelegenheiten anderer Gerichte nicht vor die Verwaltungsgerichte gehören. Die einer Mutung oder der Verleihung entgegenstehenden behaupteten "besseren Rechte" eines Dritten sollten eben nur auf dem ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden und nicht den Verwaltungsrechtsweg eröffnen[3]. Dabei sei der Dritte, der dem Verleihungsanspruch des Muters ein Gegenrecht entgegensetzte, der "Gegner" des Muters und begrifflich wie nach der Systematik des ABG niemals das Oberbergamt. H.W. Schulte fährt

---

1) H.W. SCHULTE, a.a.O. II 4 b = S. 267 und II 5 b = S. 268.

2) § 22 III MRVO Nr. 165 enthielt eine Regelung, die der jetzigen Fassung des § 40 I VwGO entsprach (vgl. KOEHLER § 40 Anm. II). Danach war "die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte ausgeschlossen in Angelegenheiten (= Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, vgl. § 22 I), die durch Gesetz den ordentlichen Gerichten oder einem anderen bestehenden Gericht zugewiesen sind".

3) H.W. SCHULTE, a.a.O. II 4 b = S. 267 u. 5 a = S.268.

dann fort, für eine Verwaltungsklage fehle es hier daher an einem angreifbaren Verwaltungsakt des Oberbergamtes[1].

H.W. Schulte nimmt demnach wie Ebel-Weller an, daß im Falle der Behauptung besserer Rechte durch konkurrierende Dritte auf Grund der in § 23 ABG getroffenen Zuweisung allein die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sei[2]. Während aber Ebel-Weller anscheinend davon ausgehen, daß die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über das Bestehen des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs den Zivilgerichten zugewiesen ist, vertritt H.W. Schulte die Auffassung, daß es sich bei der Verleihungsklage vor dem ordentlichen Gericht um einen "Widerstreit von Privatrechten"[3] handele. Diese Ansicht gibt jedoch zu Bedenken Anlaß. Faßt man § 23 ABG als Zuweisungsvorschrift i.S. von § 40 I VwGO bzw. von § 22 III MRVO Nr. 165 auf, so muß man auch folgerichtig annehmen, daß die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch aus § 22 ABG vor die Zivilgerichte verwiesen wird. Geht man hingegen mit H.W. Schulte davon aus, daß es sich bei der Verleihungsklage vor dem ordentlichen Gericht um einen Streit über Privatrechte handelt, so dürfte es kaum möglich sein, § 23 ABG dennoch - wie H.W. Schulte es tut - als Verweisungsvorschrift i.S. von § 40 I VwGO bzw. § 22 III MRVO Nr. 165 zu betrachten. Damit erscheint aber auch die Folgerung H.W. Schultes, daß bei Zurückweisung des Verleihungsantrages wegen besserer Rechte Dritter der Verwal-

---

1) H.W. SCHULTE, a.a.O. II 5 a = S. 268.

2) H.W. SCHULTE will dabei die Zulässigkeit der Verleihungsklage offenbar auf die Fälle beschränken, in denen die Verleihung gerade mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten zurückgewiesen wird. Vgl. a.a.O. II 4 b = S. 267 u. 5 b = S. 268.

3) So ausdrücklich a.a.O. II 4 b a.E. = S. 267.

tungsrechtsweg durch § 23 ABG ausgeschlossen sei, nicht als zwingend. Es liegt dann viel näher anzunehmen, daß der Verwaltungsrechtsweg und der Zivilrechtsweg nebeneinander eröffnet sind, wobei der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch vor den Verwaltungsgerichten und ein etwaiges privates Recht nach § 23 ABG vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen wäre.

So sind im Gegensatz zu Ebel-Weller und H.W. Schulte insbesondere Dapprich-von Schlütter und Miesbach-Engelhardt der Ansicht, daß dem Muter bei einer Kollision mit besseren Rechten Dritter die verwaltungsgerichtliche Klage und die Verleihungsklage vor dem ordentlichen Gericht zustehen. Dapprich-von Schlütter nehmen dabei - ohne nähere Begründung - an, daß statt der Verwaltungsgerichtsklage wahlweise auch die Verleihungsklage vor den ordentlichen Gerichten gegeben sei, wenn zwischen dem Muter und einem Dritten Streit wegen ihres "besseren" Rechts bestehe[1], Nach Miesbach-Engelhardt kann der abgewiesene Muter dagegen statt oder neben der Durchführung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Verleihungsklage vor dem Zivilgericht erheben[2].

Miesbach-Engelhardt meinen dazu im einzelnen: Die Verwaltungsklage könne nicht nur darauf gestützt werden, daß ein vom Oberbergamt angenommenes gesetzliches Hindernis gegen die Verleihung nicht vorliege (z.B. die Fündigkeit entgegen der Annahme des Oberbergamtes gegeben sei), sondern auch damit begründet werden, daß ein vermeintliches besseres Recht eines Dritten (Muters, Bergwerkseigentümers, Grundeigentümers) nicht bestehe. Dagegen könne die Verleihungsklage nach § 23 ABG nur darauf gestützt werden, daß ein vermeintliches

---

1) Vgl. REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 31 Anm. 1, § 191 Anm. 1.

2) MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.

besseres Recht eines Dritten nicht bestehe. Werde die Entscheidung des Oberbergamtes im Verwaltungsrechtsweg angefochten und gleichzeitig Verleihungsklage erhoben, so könne dieselbe Frage, z.B. ob ein Mutungsvorrecht eines Dritten bestehe, Gegenstand zweier gerichtlicher Verfahren sein. Um theoretisch mögliche voneinander abweichende Entscheidungen der beteiligten Gerichte zu vermeiden, könnten entweder das ordentliche Gericht oder das Verwaltungsgericht den Rechtsstreit aussetzen. So könne das Zivilgericht nach § 148 ZPO das Verfahren bis zur Rechtskraft des Verwaltungsrechtsstreits aussetzen, da u.U. im Falle einer Aufhebung des Oberbergamtsbeschlusses das Rechtsschutzinteresse an der Verleihungsklage fehle und diese daher insoweit vom Ausgang des Verwaltungsrechtsstreits abhängig sei. Andererseits könne auch das Verwaltungsgericht das Verfahren gem. § 94 VwGO aussetzen, wenn die Mutung nur wegen des Rechts eines Dritten abgewiesen worden sei, das bereits den Gegenstand eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten bilde[1].

Gegenstand der Verleihungsklage nach § 23 ABG ist nach Ansicht von Miesbach-Engelhardt die privatrechtliche Rechtsstellung, die der Muter mit der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung erlangt habe[2]. Diese Rechtsstellung könne man als Anwartschaft bezeichnen, da ihr das in der Entstehung begriffene Bergwerkseigentum zu Grunde liege[3]. Nach § 23 ABG sei also die Rechtsstellung des Muters vor der Verleihung (Anwartschaft) auch als Privatrecht geschützt, insofern es gegen alle Personen, die den Verleihungsanspruch bestreiten (z.B. mit dem Hinweis auf ein Mutungsvorrecht nach § 24 ABG) im Zivilrechtsweg verfolgt werden könne[4].

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.
2) MIESBACH-ENGELHARDT § 23 ABG Rdn. 2.
3) MIESBACH-ENGELHARDT § 22 ABG Rdn. 1 a.
4) MIESBACH-ENGELHARDT § 23 ABG Rdn. 2.

Wenn Miesbach-Engelhardt jedoch meinen, die von ihnen beschriebene unbefriedigende Zweigleisigkeit der Rechtsbehelfe widerspreche nicht der Verwaltungsgerichtsordnung, weil die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die Zivilgerichte gem. § 40 I VwGO nach wie vor zulässig sei[1], so offenbart sich in dieser Begründung ein Widerspruch: Die Annahme, Gegenstand der Verleihungsklage gem. § 23 ABG sei ein privates Anwartschaftsrecht, schließt die Möglichkeit aus, daß die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch gem. § 40 I VwGO i. Vbdg. mit § 23 ABG den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist. Nimmt man hingegen eine derartige Zuweisung an, so ist hier nur der Zivilrechtsweg eröffnet und die Zweigleisigkeit insoweit beseitigt.

In der Rechtsprechung ist bisher noch keine Entscheidung zu der Frage ergangen, welcher Rechtsweg für den mit seinem Verleihungsantrag abgewiesenen Muter eröffnet ist, dem konkurrierende Dritte die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen. Jedoch hat das OVG Münster in einem die Verleihung des Bergwerkseigentums betreffenden Urteil[2] in den Entscheidungsgründen ausgeführt, in den Fällen der §§ 23, 31 II und 35 II ABG sei nach wie vor der ordentliche Rechtsweg eröffnet und es treffe daher nicht zu, daß bei einem Streit über die Rechtmäßigkeit der Verleihung nur noch der Verwaltungsrechtsweg zugelassen sei. In den Urteilsgründen heißt es weiter, der Zivilrechtsweg komme andererseits nur in den genannten Fällen in Betracht. Liege ein solcher Fall nicht vor, so sei der Verwaltungsrechtsweg nicht gem. § 40 I 2 VwGO ausgeschlossen[3]. Demnach hält das OVG

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn.3 a; § 191 ABG Rdn.1a

2) OVG Mstr., Urt. v. 17.10.1962 = ZfB 104, 88 ff.

3) OVG Mstr. a.a.O. S. 93.

Münster den Verwaltungsrechtsweg für ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 23 ABG gegeben sind. Das OVG sieht also in § 23 ABG eine Zuweisungsnorm i.S. des § 40 I 2 VwGO. Hieraus muß weiter geschlossen werden, daß nach Ansicht des OVG Münster im Falle der Behauptung entgegenstehender besserer Rechte Dritter die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch den Zivilgerichten zugewiesen ist. Es besteht dann Übereinstimmung mit der von Ebel-Weller vertretenen Meinung[1]. Allerdings kann der Schluß auf die Rechtsauffassung des OVG Münster nur sehr bedingt gezogen werden, da die wiedergegebenen Stellen der Urteilsbegründung die Entscheidung nicht tragen.

Die Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten zeigt, daß die Frage des Verhältnisses von Verwaltungs- und Zivilrechtsweg im Falle der Behauptung besserer Rechte durch dritte Mitbewerber heute ebenso problematisch und wenig geklärt ist, wie es vor der Beseitigung der Bergausschüsse und der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel[2] die vergleichbare Frage nach dem Verhältnis zwischen der Verleihungsklage und der Verwaltungsklage vor dem Bergausschuß (vgl. § 192 a ABG a.F.) war[3]. Das Problem des Verhältnisses der Verleihungsklage zur Verwaltungsklage ist so alt wie die Möglichkeit der Verwaltungsklage, die auf dem Gebiet des Verleihungswesens vor nunmehr fast 60 Jahren durch die Novelle vom 18. Juni 1907 erstmals eingeführt worden ist[4].

---

1) Vgl. oben S. 89 f.

2) Vgl. dazu die Darstellung der Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren nach 1945 oben S. 58 ff.

3) Vgl. dazu den Überblick über die verschiedenen Auffassungen oben S. 50 ff., insbes. S. 53 f.

4) Vgl. oben S. 45 ff., insbes. S. 49 f.

c_1) Eigene Stellungnahme

Um einen sicheren Ausgangspunkt für die Auslegung des § 23 ABG und damit für die Beantwortung der Frage zu gewinnen, ob § 23 ABG die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch aus § 22 ABG den ordentlichen Gerichten zuweist, oder ob er lediglich klarstellt, daß der Streit über ein durch die Mutung entstandenes privates Recht vor die Zivilgerichte gehört, erscheint es notwendig, zunächst die Rechtswirkungen einer den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Mutung zu untersuchen. Nur wenn es sich zeigt, daß auf Grund einer ordnungsgemäßen Mutung auch ein privates Recht des Muters, etwa ein Anwartschaftsrecht, entsteht, kann § 23 ABG so verstanden werden, daß auf Grund dieser Vorschrift die Rechtsstellung des Muters vor der Verleihung auch als Privatrecht geschützt wird, wie Miesbach-Engelhardt es formuliert haben[1].

α) Rechtsfolgen der Mutung

Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung begründet zunächst einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums gegen den Staat. Das ist unstreitig[2]. Dieser Anspruch ist in § 22 ABG normiert. Fraglich ist, ob die ordnungsgemäße Mutung neben diesem öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch ein privates Recht des Muters entstehen läßt.

Jede privatrechtliche Wirkung der Mutung wird von H. und R. Isay geleugnet[3]. Rechtsfolgen des voll-

1) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 23 ABG Rdn. 2.
2) Vgl. oben S. 70 f., insbes. S. 70 FN 4.
3) Vgl. insbes. H. ISAY, ZfB 58, 360 ff.

ständigen Tatbestandes der Mutung (Fund, Bergfreiheit des Fundes und des Feldes, Mutung, Feldesstreckung[1]) seien lediglich die öffentlich-rechtliche Bestrickung des begehrten Feldes (die Feldesschließung) und der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums[2]. Ein Recht privatrechtlicher Natur entstehe auch nicht etwa neben dem öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch[3]. Die Auffassung des Reichsgerichts, daß die Mutung neben dem Verleihungsanspruch ein Privatrecht entstehen lasse[4], sei unhaltbar[5]. Zur Begründung ihrer Ansicht führen H. und R. Isay aus: Gem. § 19 II ABG sei das auf dem Situationsriß der Mutung angegebene Feld gegen spätere Mutungen Dritter für die Dauer der Gültigkeit der älteren Mutung geschlossen. Dieser rechtliche Zustand, der als Feldesschließung oder auch als Bestrickung des Feldes zu bezeichnen sei, bewirke, daß weder auf einen innerhalb des bestrickten Feldes belegenen Fundpunkt eine Mutung auf das mit der älteren Mutung begehrte Mineral eingelegt werden, noch das Feld oder Teile desselben von einem jüngeren Muter durch Feldesstreckung begehrt werden könnten[6]. Diese beiden Möglichkeiten, eine Mutung einzulegen oder das Feld durch Feldesstreckung zu beanspruchen, seien Reflexwirkungen des öffentlichen Rechts über den Erwerb des Bergwerkseigentums[7]. Durch die Bestrickung des Feldes würden diese beiden Möglichkeiten ausgeschlossen; sie ändere das öffentliche Recht

---

1) Vgl. ISAY Vorbem. zu §§ 3 - 11 Rdn. 2.

2) Vgl. ISAY § 19 Rdn. 2 u. 5.

3) ISAY § 22 Rdn. 2 a.E.

4) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228 = ZfB 29, 401, 404.

5) H. ISAY, ZfB 58, 360, 361.

6) H. ISAY, ZfB 58, 360; ISAY § 19 Rdn. 2.

7) Hierzu verweist H. ISAY auf G. Jellinek, System, S. 70 ff. und FLEINER, Institutionen, 3. Aufl., S. 163 ff.; vgl. H. ISAY, ZfB 58, 360, 361.

bezüglich des Feldes und als Reflexwirkung dieser Änderung erscheine die Handlungsfreiheit, die sonst jedermann hinsichtlich des Feldes zugekommen sei, in bestimmten Richtungen beschränkt. Die Bestrickung des Feldes bewirke also eine Minderung der individuellen Freiheitssphäre, des negativen Status[1]. Beide Wirkungen der Feldesschließung wiesen hingegen in nichts darauf hin, sie - wie das RG es tue - als Ausfluß eines durch die Feldesschließung begründeten subjektiven privaten Rechts des Muters aufzufassen. Unmöglich werde diese Auffassung vor allem aber dadurch, daß die Feldesschließung ja auch gegen den Muter selbst wirke[2], was mit dem Vorliegen eines eigenen absoluten Rechts des Muters unvereinbar sei. Die Bestrickung des Feldes sei also ein rein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut des Bergrechts. Wenn dem einzelnen Muter infolge der Feldesschließung rechtliche Vorteile zuflößen, handele es sich um bloße Reflexwirkungen des objektiven öffentlichen Rechts[3].

Auf Grund ihrer Auffassung, daß die Mutung ein privates Recht nicht begründe, gelangen H. und R. Isay folgerichtig zu dem Ergebnis, daß der Anspruch, um den gem. § 23 ABG auf dem ordentlichen Rechtsweg gestritten wird, der gegen den Staat gerichtete öffentlich-rechtliche Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums aus § 22 ABG sei[4]. H. und R. Isay weisen dabei auf die sich aus dieser Ansicht ergebende Besonderheit hin, daß Prozeßgegner der Verleihungs-

---

1) Hier stützt sich H. ISAY wiederum auf G. JELLINEK, System, S. 112 ff.; vgl. H. ISAY, ZfB 58, 360, 361. Zur allgemeinen Rechtsstellung des einzelnen vgl. auch G. JELLINEK, System, S. 81 - 93, und in der neueren Literatur H.J. WOLFF, VerwR I, § 32 IV c 1.

2) Zur Schließung des Feldes auch gegen jüngere Mutungen des Muters selbst vgl. RB v. 4.3.1904 = ZfB 45, 235 und EBEL-WELLER § 19 Anm. 3.

3) H. ISAY, ZfB 58, 360, 361 f.; ISAY § 19 Rdn. 2 und § 15 Rdn. 22.

4) ISAY § 22 Rdn. 6 a.E.

klage, die gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten zu richten ist, nicht der Anspruchsgegner sei. Aus dem Umstand, daß der anspruchsverpflichtete Staat nicht Partei sei, folge, daß die Klage nicht als Leistungs- oder Gestaltungsklage, sondern nur als Feststellungsklage erhoben werden könne. Hierbei nehmen H. und R. Isay an, daß die private Feststellungsklage auch für öffentlich-rechtliche Ansprüche gegeben sei[1]. Der Klageantrag habe demgemäß zu lauten, "festzustellen, daß dem Kläger der Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums an dem Mineral A in dem Felde B zusteht". Das auf die Feststellungsklage ergehende Urteil sei indessen kein bloßes Feststellungsurteil, das lediglich ein privatrechtliches Verhältnis feststelle, sondern es sei vielmehr ein Anordnungsurteil, das sich an eine staatliche Behörde, das Oberbergamt, wende und dem obsiegenden Kläger das öffentlich-rechtliche Recht verleihe, von dem Oberbergamt zu verlangen, daß es die dem Urteil entsprechende amtliche Handlung, nämlich die Verleihung vornehme[2]. Die Bedeutung des Urteils

---

1) Vgl. ISAY § 22 Rdn. 6 a.E. und § 23 Rdn. 6 im Anschluß an: FÖRSTER-KANN § 256 Anm. 2 b = 1. Bd. S. 635; HELLWIG, System, 1. Teil, S. 281; JELLINEK, System, S. 126.
Richtig ist auch nach heutiger Auffassung, daß bei der zivilprozessualen Feststellungsklage das Rechtsverhältnis auch dem öffentlichen Recht angehören kann, sofern der Rechtsweg zulässig ist (vgl. ROSENBERG, Lb., § 86 Anm. II 1 b; BAUMBACH-LAUTERBACH § 256 Anm. 2 A). Es ist weiter auch nicht erforderlich, daß das Rechtsverhältnis unter den Parteien besteht, sondern es genügt, daß das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger oder dem Beklagten zu einem Dritten oder überhaupt unter Dritten in den Rechtsbereich des Klägers irgendwie hineinreicht (vgl. OLG Köln, Urt. v. 25.9.1952 = NJW 1952, 1301; RG, Urt.v.4.2.1943 = RGZ 170, 359, 374; ROSENBERG, a.a.O. m. w. Nachw.).

2) Vgl. ISAY § 23 Rdn. 6.
Den Begriff des Anordnungsurteils haben H. und R. ISAY von Georg KUTTNER übernommen, der darunter solche Urteile versteht, "in denen der Prozeßrichter, ohne über das zugrunde liegende privat-

liege darin, daß die getroffene Feststellung nicht nur den Beklagten, sondern auch die Bergbehörde binde, die auf Vorlegung des Urteils hin ohne weitere Nachprüfung die Verleihung vorzunehmen habe[1].

Da es sich bei der Verleihungsklage um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat handele, wobei aber nicht der Staat, sondern ein Dritter Prozeßpartei sei, ergebe sich hinsichtlich des Verfahrens die eigenartige Sachlage, daß der aus dem Anspruch Verpflichtete nicht der Herr des Prozesses sei. Der Gesetzgeber sei sich, so meinen H. und R. Isay weiter, dieser Eigenart nicht bewußt geworden, da er irrtümlich geglaubt habe, der Streit aus § 23 ABG "bewege sich lediglich auf privatrechtlichem Gebiet"[2]. Unterwerfe man nun das Verfahren der Verleihungsklage der im Zivilprozeß geltenden Dispositionsmaxime, so ergebe sich der innere Widerspruch, daß das prozessuale Verfahren in wesentlichen Punkten der Verfügung der Parteien unterliege, während

---

rechtliche Rechtsverhältnis selbst eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, unmittelbar an die Adresse eines anderen Staatsorgans, einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, die bestimmte Anordnung richtet, eine im Urteil näher bezeichnete ... Amtshandlung vorzunehmen oder zu unterlassen", wie z.B. Urteile auf Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) oder auf Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731 ZPO) u.a.m. (vgl. KUTTNER S. 21 ff.; zustimmend NEUKAMP, ZHK 78, 560, 562; s.a. GOLDSCHMIDT S. 496 FN 2615). Kritisch zur Kategorie der Anordnungsurteile SCHRUTKA v. RECHTENSTAMM (ArchRSozPhil. Bd. 9 (1915/1916), S. 235 ff. und ROSENBERG, Lb., § 87 II 2 b, der mit Recht darauf hinweist, daß KUTTNER irre, wenn er die Anordnungsurteile neben die Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsurteile stelle, da er bei den Anordnungsurteilen einen ganz anderen Maßstab aufstelle, als er bei der Unterscheidung der Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile angewendet werde, indem er nämlich die Wirkung und nicht den Inhalt der Urteile zum Ausgangspunkt nehme.

1) ISAY § 23 Rdn. 10 unter Hinweis auf KUTTNER S.38 ff.

2) Vgl. Motive, ZfB 6, 104.

doch die eine der Prozeßparteien, nämlich der Beklagte, keinerlei Verfügung über den im Prozeß geltend gemachten Anspruch habe, da es ja ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Vornahme einer Verwaltungshandlung sei. Dieser Widerspruch lasse sich nur dadurch lösen, daß die auf der Dispositionsmaxime beruhenden Vorschriften der ZPO im Prozeß aus § 23 ABG für unanwendbar erklärt würden. Weder das Geständnis noch ein Anerkenntnis des Beklagten könne hier die in der ZPO vorgesehenen Wirkungen haben. Ebensowenig könne es ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten geben. Die Vorschriften der §§ 617, 618 ZPO, die für das Verfahren in Ehesachen, Personenstandssachen und Entmündigungssachen gelten, müßten aus den gleichen inneren Gründen für das Verfahren aus § 23 ABG entsprechend angewendet werden. Es wäre sonst praktisch das ganze Verleihungsverfahren vor dem Oberbergamt bedeutungslos, da nur jemand im Einverständnis mit dem Muter Einspruch zu erheben und auf die gegen ihn gem. § 23 ABG erhobene Klage den Anspruch anzuerkennen oder die vom Oberbergamt verneinte Fündigkeit zuzugestehen brauche, um dem Muter zu dem vom Oberbergamt versagten Bergwerkseigentum zu verhelfen[1].

Die von H. und R. Isay eingehend begründete Auffassung von der ausschließlich öffentlich-rechtlichen Wirkung der Mutung ist ursprünglich auch von Stobbe und Arndt vertreten worden[2]. Beide Autoren sind jedoch später von der Ansicht, daß die Mutung kein Privatrecht, sondern lediglich einen nur unvollkommen geschützten, öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat begründe, abgerückt und haben sich der Meinung angeschlossen, daß neben dem öffentlich-

1) ISAY § 23 Rdn. 9.

2) Vgl. ARNDT, Komm., 1. Aufl., vor § 12; STOBBE, 2. Aufl., 2. Bd., S. 592 FN 25.

rechtlichen Verleihungsanspruch ein privates Recht für den Muter entstehe[1].

Im Gegensatz zu der von H. und R. Isay vertretenen Meinung ist von der Rechtsprechung und dem ganz überwiegenden Teil der Literatur angenommen worden, daß die rechtsgültige Mutung neben dem gegen den Staat gerichteten öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums ein Privatrecht des Muters begründe[2]. Das RG hat dabei die privatrechtliche Wirkung der Mutung in dem Umstand gesehen, daß der Fundpunkt und das gesetzmäßig begehrte Feld zugunsten des Muters aus dem Bergfreien ausscheiden und späteren Mutungen gegenüber geschlossen werden[3] mit der Folge, daß der spätere Muter auch durch Verleihung ein Bergwerkseigentum zum Nachteil des besser berechtigten Muters nicht mehr erwerben kann, sondern der Anfechtungsklage des letzteren nach § 35 ABG ausgesetzt bleibt[4]. Wie das RG haben auch Dernburg, Thielmann, Schlüter-Hense, Brassert-Gottschalk, Müller-Erzbach, Voelkel, Sattig und Willecke neben der öffentlich-rechtlichen eine privatrechtliche Wirkung der Mutung angenommen und die Feldesschließung als Folge des durch die Mutung entstehenden Privatrechts angesehen[5]. Unterschied-

---

1) Vgl. ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 12 Anm. 1; STOBBE, 3. Aufl., 2. Bd., S. 553.

2) Vgl. dazu den Überblick oben S. 39 ff.

3) Vgl. §§ 15 I 2, 19 II, 24, 25 ABG.

4) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 227 f. = ZfB 29, 401, 404 (die Urteilsgründe sind oben S. 41 ff. im einzelnen wiedergegeben); RG, Urt. v. 8.2.1910 = RGZ 73, 121, 124 = ZfB 52, 122, 125.

5) Vgl. DERNBURG, Lb., S. 646; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 12 Anm. 3 = S. 50 u. § 22 Anm. 1 = S. 77; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 12 Anm. 1; BRASSERT-GOTTSCHALK S. 58 ff.; MÜLLER-ERZBACH S. 151; VOELKEL, Grundzüge, S. 72; SATTIG, Handwörterbuch d. Rechtswiss., S. 607; WILLECKE, Grundriß, S. 31.

liche Ansichten haben sich dabei lediglich in der Charakterisierung des Privatrechts als dingliches oder nur absolutes Recht ergeben[1].

Betrachtet man die voneinander abweichenden Auffassungen des Reichsgerichts und von H. und R. Isay näher, so ergibt sich, daß die von H. und R. Isay an der Rechtsprechung geübte Kritik jedenfalls zum Teil berechtigt ist. Die Meinung des Reichsgerichts, das allein aus der Folge der Feldesschließung schon eine privatrechtliche Seite der Mutung herleitet und damit die in der Feldesschließung liegende Wirkung der Mutung rein privatrechtlich erklärt[2], ist nicht zwingend. Es ist vielmehr H. und R. Isay darin zuzustimmen, daß die Feldesschließung nach § 19 II ABG rein öffentlich-rechtlich zu erklären ist. Die Regelung des § 19 ABG ist nicht allein im gegenseitigen Interesse benachbarter Schürfunternehmungen und Mutungen, sondern vor allem mit Rücksicht auf ein geordnetes Verfahren in Mutungssachen geschaffen worden[3]. Wenn nun § 19 II ABG im Rahmen dieses öffentlich-rechtlichen Mutungsverfahrens bestimmt, daß das gesetzlich begehrte Feld einer Mutung für die Dauer ihrer Gültigkeit geschlossen ist, dann wird damit - wie H. Isay zu Recht bemerkt[4] - zunächst nur das öffentliche Recht bezüglich des Feldes verändert. Die vom Staat gewährte rechtliche Möglichkeit, muten und Rechte in bezug auf Teile der Erdrinde erwerben zu können, wird im Interesse eines geordneten Mutungsverfahrens für ein bestimmtes, durch eine vorangegangene Mutung räumlich abgegrenztes Gebiet der Erdrinde

---

1) Vgl. dazu den Überblick oben S. 39 ff.

2) Vgl. RG, Urt. v.14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228 = ZfB 29, 401, 404; ebenso z.B. MÜLLER-ERZBACH S. 151 und VOELKEL, Grundzüge, S. 72.

3) Vgl. Motive, ZfB 6, 101 und bei HAHN S. 84.

4) Vgl. ZfB 58, 360 f.

ausgeschlossen; und zwar schlechthin, da auch der Muter selbst weder mit einer jüngeren Mutung Teile des Feldes beanspruchen noch auf einen anderen Fund innerhalb des Feldes Mutung einlegen kann[1]. Insbesondere der Umstand, daß die Feldesschließung auch gegen den Muter selbst wirkt, deutet auf die öffentlich-rechtliche Natur der Feldesschließung hin; als Wirkung eines durch die Feldesschließung begründeten Rechts des Muters läßt er sich nicht erklären. Demnach kann dem Reichsgericht nicht gefolgt werden, wenn es allein aus der Wirkung der Feldesschließung eine privatrechtliche Seite der Mutung herleiten will.

Auf der anderen Seite gehen aber H. und R. Isay zu weit, wenn sie die Entstehung eines privaten Rechts aus der Mutung völlig leugnen und meinen, die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung begründe ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch. Wenn auch aus der Folge der Feldesschließung allein nicht auf einen privatrechtlichen Charakter der Mutung geschlossen werden kann, so bedeutet das noch nicht, daß jede privatrechtliche Wirkung der Mutung ausgeschlossen ist. Die Betrachtung von H. und R. Isay ist notwendig unvollkommen, da sie die Wirkungen der Mutung ausschließlich aus dem einseitigen Gesichtswinkel des dem öffentlichen Recht zugehörendem Mutungsverfahrens untersucht, also aus der Sicht der öffentlich-rechtlichen Stellung des Muters gegenüber dem Staat. Geht man dem-

---

1) Vgl. EBEL-WELLER § 19 Anm. 3; ISAY § 19 Rdn. 2; RB v. 4.3.1904 = ZfB 45, 235.
Um klarzustellen, daß auch die eigene ältere Mutung die Feldesschließung bewirkt, ist durch die Berggesetznovelle vom 18. Juni 1907 in § 15 ABG das Wort "Dritter" gestrichen worden, so daß es heute heißt, "die Gültigkeit einer Mutung ist dadurch bedingt, ... daß nicht bessere Rechte (Dritter) auf den Fund entgegenstehen". Vgl. die amtliche Begründung in ZfB 48, 187, 205 f.

gegenüber bei der Prüfung der Rechtsfolgen der den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Mutung einmal von dem Bergwerkseigentum aus, das auf Grund des den Abschluß des öffentlich-rechtlichen Verleihungsverfahrens bildenden Verwaltungsakts der Verleihung als privates absolutes Recht des Erwerbers entsteht, so liegt es nahe anzunehmen, daß sich als Vorstufe dieses privaten Rechts schon während des Mutungsverfahrens ein entsprechendes Privatrecht entwickelt. Wie auf der einen Seite die Rechtsstellung des Muters im Verleihungsverfahren zu dem subjektiv-öffentlichen Recht auf Verleihung des Bergwerkseigentums erstarkt, könnte auf der anderen Seite schon vor der Verleihung eine gesicherte privatrechtliche Rechtsstellung des Muters entstehen.

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht lassen sich im Mutungsverfahren folgende Entwicklungsstufen unterscheiden: Als Rechtsfolge des Fundes und der Bergfreiheit des Fundes erscheint zunächst die Befugnis, Mutung einzulegen (vgl. §§ 12, 15 ABG)[1]. Mit der Einlegung der Mutung erlangt dann der Muter - solange er die Feldesstreckung noch nicht vorgenommen hat (vgl. § 18 I ABG; unvollständiges Muterrecht) - eine Rechtsstellung, die man als öffentlich-rechtliche Anwartschaft auf Verleihung des Bergwerkseigentums bezeichnen kann. Der Muter hat hier noch keinen Anspruch auf Verleihung, da dieser nach § 22 ABG erst mit dem Vorliegen aller gesetzlichen Erfordernisse der Mutung (Fund, Bergfreiheit, Mutung und Feldesstreckung; vgl. § 15, §§ 12 - 14 und §§ 17, 18, 27 ABG) entsteht, aber doch schon mehr als eine bloße Möglichkeit, da es in seiner Macht steht, den Verleihungsanspruch durch die Feldesstreckung zur Ent-

1) Vgl. ISAY Vorbem. vor § 3 Rdn. 4.

stehung zu bringen[1]. Mit der Feldesstreckung ist dann schließlich der vollständige Tatbestand des Muterrechts erfüllt, der den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums, ein subjektives öffentliches Recht des Muters, begründet[2].

In privatrechtlicher Hinsicht könnte diesem Werden des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs aus § 22 ABG die Entwicklung einer privatrechtlichen Rechtsstellung des Muters entsprechen, die Vorstufen des Bergwerkseigentums bezeichnen und mit der Erfüllung aller gesetzlicher Voraussetzungen der Mutung schließlich ein privatrechtliches Anwartschaftsrecht auf das Bergwerkseigentum darstellen könnte. Dem subjektiven öffentlichen Recht auf Verleihung des

---

1) Vgl. ISAY § 15 Rdn. 25.
Die Bezeichnung "Anwartschaft" ist hier für die Rechtslage, in der sich der Muter zwischen der Einlegung der Mutung und der Feldesstreckung bezüglich der Verleihung des Bergwerkseigentums befindet, im Anschluß an ISAY gewählt worden, da diese rechtliche Situation der privatrechtlichen Anwartschaft ähnlich ist, deren Voraussetzungen ebenfalls darin bestehen, daß von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer selbständigen Rechtsstellung des Erwerbenden gesprochen werden kann.
Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Anwartschaft ist im übrigen in der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung kaum behandelt. In dem hier gebrauchten Sinn verwenden den Begriff etwa FORSTHOFF, Lb., S. 140, 173; DÜRIG, Festschrift f. Apelt, S. 55 FN 116; MAUNZ, Öffentliches Sachenrecht, S. 201 f.. Vgl. auch die Verwendung des Begriffs in den Sozialversicherungsgesetzen, z.B. §§ 169, 173, 174, 1229, 1231 RVO, §§ 6, 8 AnVG, §§ 74 I, 85 I, 102 AVAVG. Dagegen gebraucht H.J. WOLFF den Anwartschaftsbegriff in anderem, engerem Sinne; und zwar spricht er von einer Anwartschaft des Antragstellers, wenn die Gewährung einer Ausübungsberechtigung dermaßen gebunden ist, daß sie nur aus gesetzlich angegebenen Gründen versagt werden kann, z.B. gebundene Erlaubnis (vgl. H.J. WOLFF, VerwR I, § 43 II d 1).

2) Vgl. ISAY § 22 Rdn. 1, Vorbem. vor § 3 Rdn. 2 - 4.

des Bergwerkseigentums würde dann das private Anwartschaftsrecht auf das Bergwerkseigentum entsprechen.

Als Anwartschaft wird in der zivilistischen Lehre und Praxis gemeinhin die Aussicht auf den Erwerb eines subjektiven Rechts bezeichnet, die dadurch begründet ist, daß von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts einzelne Tatbestandsstücke bereits verwirklicht sind, während andere oder doch zumindest ein letztes zum vollen Tatbestand gehörendes Stück noch fehlen[1]. Eine Anwartschaft ist also ein im Werden begriffenes Recht, die Vorstufe eines subjektiven Rechts[2]. Angesichts der Vielgestaltigkeit dieser Zwischenrechtserscheinungen und des Fehlens von Anhaltspunkten im Gesetz, das sie nicht oder nur ganz unvollkommen regelt, ist es verständlich, daß sich in Lehre und Rechtsprechung bisher noch keine einheitliche Auffassung über den Begriff der Anwartschaft gebildet hat[3]. Insbesondere sind für die Abgrenzung von Anwartschaft und Anwartschaftsrecht, d.h. solchen Anwartschaften, denen schon Rechtsqualität eigen ist, die also selbst schon als subjektive Rechte bezeichnet werden können, noch keine einheit-

---

1) Vgl. z.B. v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 180; RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 3 f.; WOLFF-RAISER § 2 II 3; FORKEL, Grundfragen, S. 20 ff., 56.

2) Vgl. v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 180; RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 4; FORKEL, Grundfragen, S. 18, 20; HOCHE, NJW 1955, 652, der im Anschluß an WESTERMANN, Sachenrecht, § 5 III c, von einer "Durchgangsform bei der Entstehung des Vollrechts" spricht. Vgl. auch BGH, Urt. v. 24.6.1958 = BGHZ 28, 16, 21; BGH, Urt. v. 21.9.1959 = BGHZ 30, 374, 377; BGH, Urt. v. 10.4.1961 = BGHZ 35, 85, 89: Anwartschaftsrecht = Vorstufe zum Eigentum, ein wesensgleiches "Weniger". S. auch KUCHINKE JZ 1964, 145.

3) SYBEN, Anwartschaftsrechte, S. 3 f.

lichen Kriterien gefunden worden[1].

Vereinzelt ist in der Literatur versucht worden, die Unterscheidung zwischen Anwartschaften und Anwartschaftsrechten mit rein formalen Kriterien zu treffen. So wird etwa behauptet, Anwartschaftsrechte seien dann gegeben, wenn nur noch ein einziges Merkmal des Tatbestandes unerfüllt sei[2] oder wenn kein wesentliches Tatbestandserfordernis mehr ausstehe[3]. Andere wollen von einem Anwartschaftsrecht erst dann sprechen, wenn die volle Tatbestandverwirklichung

---

1) Meist werden die Begriffe Anwartschaft und Anwartschaftsrecht synonym gebraucht, insbesondere auch vom BGH. Die hier getroffene Unterscheidung lehnt sich an die von RAISER (Dingl. Anwartschaften, S. 6 - 10 u. 19) und FORKEL (Grundfragen, S. 83 ff.) gebrauchte Terminologie an.
RAISER sieht das Kriterium der Anwartschaft in der rechtlich anerkannten selbständigen Funktion der Vorstufe und grenzt sie damit von der bloßen Erwerbsaussicht ab (a.a.O., S. 7 f.). Die Anwartschaft, bei der nur eine Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers oder des Gegenstandes bestehe, unterscheidet er wiederum vom Anwartschaftsrecht, das dem Anwärter darüber hinaus eine in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutze seiner Interessen verleihe (a.a.O., S. 10). FORKEL geht dagegen von einem weiteren Anwartschaftsbegriff aus, den er als erfüllt ansieht, wenn von einem mehrgliedrigen rechtsgewährenden Tatbestand so viele Merkmale erfüllt sind, daß das entstehende Recht aus der Masse anderer gesondert werden könne (a.a.O., S. 56) und spricht dann von einem Anwartschaftsrecht, wenn der Anwärter nach dem Willen der Rechtsordnung über seine gegenwärtige Rechtsposition verfügen kann (a.a.O., S. 119).

Umfangreiche Nachweise zur im übrigen völlig ungefestigten Terminologie finden sich bei FORKEL a.a.O. S. 102 f.

2) Vgl. z.B. TÜRK, Vorläufige Rechtswirkungen, S. 24; HÖLTZ, Anwartschaftsrecht, S. 21; kritisch dazu WÜRDINGER, Anwartschaft als Rechtsbegriff, S. 66, und FORKEL, Anwartschaftsrecht, S. 104.

3) Vgl. etwa LEHMANN, Allgem. Teil, § 12 II 4: ... "Wenn der Tatbestand in der Hauptsache vorliegt und nur noch die eine oder andere Tatsache aussteht."

nur noch vom Willen des Anwärters oder umgekehrt nur noch vom Zeitablauf und nicht mehr von einem willentlichen Akt des Anwärters oder dritter Personen abhänge[1]. Alle diese Kriterien sind jedoch willkürlich und unsicher, da sie über die Rechtsstellung des Anwärters und ihre Schutzwürdigkeit nichts aussagen[2].

Das entscheidende Moment für die Rechtsqualität einer Anwartschaft ist demnach nicht nach formalen Kriterien, sondern auf Grund einer materiellen Wertung zu bestimmen, die die Funktion des Rechtsinstitutes im Rechtsleben berücksichtigt[3]. Die im Schrifttum herrschende Auffassung und auch der Bundesgerichtshof sehen das wesentliche Begriffsmerkmal des Anwartschaftsrechtes in der Sicherheit der Anwartschaft. Unter Berufung auf Westermann[4], der wiederum an von Tuhr anknüpft[5], hat der Bundesgerichtshof den Begriff des Anwartschaftsrechtes entsprechend eingeengt und zusammenfassend formuliert, von einem Anwartschaftsrecht könne nur dann gesprochen werden, wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt seien, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden könne, die der Veräußerer nicht mehr durch eine einseitige Erklärung oder durch das Unterlassen einer Erklärung zu zerstören vermöge[6].

---

1) z.B. ENNECCERUS-NIPPERDEY § 82 II 4; EICHLER, Institutionen, 1. Bd., S. 51 f.; STROHAL, Urteilsrechtskraft, S. 155.

2) Vgl. RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 6; FORKEL, Grundfragen, S. 103 f.

3) RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 7.

4) Sachenrecht, § 5 III 3 a; vgl. auch ERMAN-WESTERMANN, Einl. Sachenrecht, Anm. 6 c.

5) Allgem. Teil, 1. Bd., S. 182.

6) BGH, Urt. v. 5.1.1955 = NJW 1955, 544 = LM Nr. 1 zu § 15 KO; BGH, Urt. v. 30.5.1958 = BGHZ 27, 360, 368. Ebenso: SIEBERT-SEYDEL § 158 Rdn. 18; STAUDINGER-SEUFERT, Einl. zum Sachenrecht, Anm. 3 c;

Fragt man nun, ob die Rechtsstellung des Käufers nach erfolgter Feldesstreckung die inhaltlichen Merkmale des derart definierten Begriffs des Anwartschaftsrechtes aufweist und damit ein privates Anwartschaftsrecht darstellt, so fällt zunächst auf, daß die von der herrschenden Meinung gegebene Definition des Anwartschaftsrechtes auf solche Anwartschaften zugeschnitten ist, die beim derivativen Erwerb eines Rechtes auftreten[1], während es sich doch bei dem

---

STAUDINGER-BOEHMER, Einl. zum Erbrecht, § 27 Rdn. 17; KIPP-COING, Erbrecht, § 50 I 1 = S. 224 f.; LANGE, Allgem. Teil, § 12 IV 3 = S. 90; ERMAN-RONKE § 925 Anm. 6 e; RONKE, Nottarp-Festschrift, S. 91, 96 f.; ENDEMANN, Handwörterbuch d. Rechtswiss., 1. Bd., S. 237; HOPP, Eigentumsanwartschaft, S. 117, 120 ff., 135; vgl. auch RG, Urt. v. 4.2. 1933 = RGZ 139, 343, 347; BFH, Urt. v. 25.7.1957 = BB 1957, 915 Nr. 1812; OLG Celle, Urt. v. 24.1. 1958 = NJW 1958, 870, 871; w. Nachw. bei FORKEL, Grundfragen, S. 105 f.
Dagegen jedoch RAISER (Dingl. Anwartschaften S.10), der einwendet, bei dieser Begriffsbestimmung werde auch solchen gesicherten Rechtsstellungen der Rang eines subjektiven Rechts zuerkannt, die ihn nicht verdienten. RAISER will daher nur dann von Anwartschaftsrechten sprechen, wenn dem Anwärter eine selbständige, in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutze seiner Interessen verliehen ist (vgl. oben S. 109 FN 1). Zustimmend SERICK, Eigentumsvorbehalt u. Sicherungsübertragung, Bd. I, S. 251. Definiert man jedoch den Begriff des subj. Rechts als rechtlich anerkanntes und geschütztes Interesse, so läßt sich der von der h.A. vertretene Begriff des Anwartschaftsrechtes durchaus unter den des subj. Rechts einordnen und die Auffassung RAISERS erscheint als zu eng (so WESTERMANN, Sachenrecht, § 5 III 3 a, der damit wohl der Lehre Jherings - vgl. Geist III/1, §§ 60, 61 und JherJb. 10, 392 ff. - vom subj. Recht folgt; vgl. auch LANGE, Allgem. Teil, § 11 II 1 b = S. 81).
Gegen die h.A. auch FORKEL, der die rechtliche Sicherung der Anwartschaft lediglich als Indiz für deren Rechtsqualität ansehen will und die Befugnis des Anwärters, selbständig über seine Rechtsposition zu verfügen, als entscheidendes Kriterium des Anwartschaftsrechtes darstellt (a.a.O. S. 105 ff., insbes. S. 119). Dagegen ist einzuwenden, daß die Frage nach der Rechtsnatur des Anwartschaftsrechtes der Frage nach der Verfügbarkeit vorangehen dürfte (vgl. KEMPF, AcP 162, 293, 295).

1) Vgl. FORKEL, Grundfragen, S. 106.

Erwerb des Bergwerkseigentums um die originäre Entstehung eines Rechtes handelt. Insbesondere ist die einschränkende Klausel, die Erwerbsaussicht dürfe nicht mehr durch eine einseitige Erklärung des Veräußerers zerstört werden können, allein auf Anwartschaften bei abgeleitetem Erwerb gemünzt; bei der originären Entstehung eines Rechtes, wie hier bei der Verleihung des Bergwerkseigentums oder in dem ähnlichen Fall der Erteilung eines Patents, paßt sie nicht. Daß die heute überwiegend verwendete Begriffsbestimmung des Anwartschaftsrechtes ihren Wortlaut nach zunächst nur für die Abgrenzung von Anwartschaftsrechten beim derivativen Rechtserwerb brauchbar zu sein scheint, dürfte das Ergebnis induktiven Vorgehens bei der Erarbeitung des Begriffs sein: Man hatte vor allem die Anwartschaften beim Vorbehaltskauf, bei der Liegenschaftsübereignung, vor Valutierung einer Hypothek und die des Erbrechts (z.B. des Nacherben zwischen Erb- und Nacherbfall) sowie generell die Anwartschaften bei bedingten Rechtsgeschäften im Auge[1], während die Erörterung der Anwartschaften bei originärem Rechtserwerb demgegenüber zurücktrat[2].

Es ist nun nicht zu bezweifeln, daß bei der originären Entstehung von Rechten ebenso wie beim derivativen Rechtserwerb Anwartschaften auftreten können[3]. Als Beispiel wird meistens der Fall angeführt, daß der Erfinder seine Erfindung beim Patentamt angemeldet hat[4]. Niemand behauptet auch, daß bei derartigen Anwartschaften niemals von einem subjektiven

---

1) Vgl. FORKEL, Grundfragen, S. 107.

2) Vgl. HAUBER, Ausstattungsanwartschaft, S. 28.

3) Vgl. z.B. v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 181; RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 13 f.

4) So v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 181; KROEHLING, Anwartschaften, S. 52.

Recht zu sprechen wäre[1]. Fraglich ist aber, auf welche Weise hier Anwartschaft und Anwartschaftsrecht abgegrenzt werden können. Vielfach wird behauptet, die herrschende Meinung vermöge mit ihrer Begriffsbestimmung ein brauchbares Kriterium für die Abgrenzung von Anwartschaftsrechten bei der originären Entstehung von Rechten überhaupt nicht zu geben, eben weil die von ihr zur Abgrenzung verwendeten Momente ganz auf den derivativen Erwerb eines Rechtes zugeschnitten seien[2]. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

Keine Schwierigkeiten bereitet die Formel der herrschenden Meinung zunächst in den Fällen originären Rechtserwerbs, in denen - wie z.B. bei der Ersitzung (vgl. §§ 937, 900 BGB) oder beim Fund (vgl. § 973 BGB) - schon vorher ein Recht bestanden hat. Die Klausel, die Erwerbsaussicht dürfe nicht durch einseitige Erklärung des Veräußerers zerstört werden können, ist hier so zu modifizieren, daß nur dann ein Anwartschaftsrecht vorliegt, wenn der Erwerb des Rechts nicht von der freien Entschließung dessen abhängig ist, gegen den sich das zu erwerbende Recht richtet[3]. Da der Ersitzungsbesitzer und der Finder dem Herausgabeanspruchs des Eigentümers ausgesetzt sind, kann demnach dort von einem Anwartschaftsrecht nicht gesprochen werden[4].

---

1) Vgl. FORKEL, Grundfragen, S. 107.

2) HAUBER, Ausstattungsanwartschaft, S. 31 f.; FORKEL, Grundfragen, S. 106 f.

3) v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 182.

4) So WESTERMANN, Sachenrecht, § 5 III 3 b, § 51 II 3 b, § 59 II 5 a; RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 13 f.; str., a.A. z.B. FORKEL, Grundfragen, S. 108 FN 90, S. 149 FN 106; PALANDT-HOCHE § 973 Anm. 1; ERMAN-HEFERMEHL § 973 Anm. 1; STAUDINGER-BERG § 973 Anm. 3 c; BRANDIS, JW 1931, 505, 507; vgl. auch RG, Urt. v. 8.7.1930 = JW 1931, 930: eine "Art Anwartschaft".

Aber auch in den Fällen originären Rechtserwerbs, in denen - wie hier bei der Entstehung des Bergwerkseigentums oder auch bei der Erteilung eines Patents - vorher noch kein Recht eines anderen bestanden hat, bietet die herrschende Meinung mit dem Moment der rechtlichen Sicherheit der Rechtsstellung des Erwerbenden, das die Grundlage ihrer Begriffsbestimmung bildet, ein zuverlässiges Kriterium für die Unterscheidung von Anwartschaft und Anwartschaftsrecht. Allerdings versagt hier das oben beschriebene Merkmal, mit dem die h.M. die rechtliche Sicherheit der Erwerbsaussicht genauer bestimmt: Es kann hier weder darauf abgestellt werden, daß der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbenden nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann[1], noch auf das allgemeinere Merkmal, daß der Rechtserwerb nicht von der freien Entschließung des Vorberechtigten oder dessen abhängt, gegen den sich das zu erwerbende Recht richtet[2]. Die Sicherheit der Rechtsposition des Erwerbers ergibt sich hier aber aus anderen Gesichtspunkten.

Mit der Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung (Fund, Bergfreiheit, Mutung und Feldesstreckung) erwirbt der Muter gem. § 22 ABG den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Felde. Bei der Verleihung handelt es sich nicht um eine Ermessensentscheidung der Bergbehörde[3]. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung muß die Bergbehörde vielmehr die Verleihung aussprechen. Die Verleihung ist also ihrer Rechtsnatur nach ein ge-

---

1) WESTERMANN, Sachenrecht, § 5 III 3 a; BGH NJW 1954, 544; BGHZ 27, 360, 368.

2) v. TUHR, Allgem. Teil, 1. Bd., S. 182.

3) WESTERMANN, ZfB 106, 122, 126.

bundener Verwaltungsakt[1], und zwar ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, da durch die Verleihung das Bergwerkseigentum als privates Recht begründet wird[2]. Wenn nun die Bergbehörde auf Grund des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs des Muters aus § 22 ABG gebunden ist, wenn sie also den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt der Verleihung erlassen muß, ohne daß ihr ein Ermessensspielraum bei der Entscheidung eingeräumt ist, so ergibt sich daraus, daß neben dem subjektiven öffentlichen Recht des Muters auf Verleihung auch schon von einer privatrechtlichen Rechtsposition des Muters als Entwicklungsstadium oder Vorstufe des durch den öffentlich-rechtlichen Verleihungsakt noch zu schaffenden Bergwerkseigentums gesprochen werden kann. Sie ist durch Fund, Mutung und Feldesstreckung begründet. Das Moment der rechtlichen Sicherheit, in dem die h.M. das grundlegende Kriterium für die Bejahung eines Anwartschaftsrechtes sieht, liegt hier in der Gebundenheit der Verwaltung hinsichtlich der Begründung des Bergwerkseigentums, insbesondere aber in der mit der Feldesstreckung verbundenen Wirkung der Feldesschließung (vgl. § 19 II ABG). Wenn der Muter das begehrte Feld gem. § 17 ABG durch die Einreichung des Situationsrisses gestreckt hat, scheidet das gestreckte Feld mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Mutung aus dem Bergfreien aus und ist späteren Mutungen gegenüber geschlossen (§§ 19, 25 ABG), und zwar unbedingt dann, wenn der Muter zugleich der erste Finder ist (§ 24 ABG)[3]. Nun haben wir

---

1) HUBER, Bd. II, § 75 II 2 b = S. 109; BAUR, Sachenrecht, § 30 II 1. - Zur gebundenen Verwaltung vgl. auch H.J. WOLFF, VerwR I, § 31 I b; FORSTHOFF, Lb., § 5 = S. 72 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 72.

3) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228 = ZfB 29, 401, 404; ISAY, ZfB 58, 360 ff.

zwar gesehen[1], daß die Feldesschließung dem öffentlichen Recht angehört. Gleichwohl sichert sie aber die private Rechtsposition des Muters, die sich mit der Erfüllung der einzelnen gesetzlichen Erfordernisse der Mutung als Vorstufe des Bergwerkseigentums entwickelt hat. Diese Rechtsstellung des Muters ist auf Grund der in § 19 II ABG angeordneten Feldesschließung durch spätere Mutungen nicht mehr zerstörbar[2]. Selbst durch Verleihung des Bergwerkseigentums ist der spätere Muter nicht in der Lage, das Bergwerkseigentum zum Nachteil des besser berechtigten Muters zu erwerben. Die Verleihung an den späteren Muter bleibt vielmehr der Anfechtung durch den besser berechtigten Muter ausgesetzt[3]. Dieser kann die erfolgte Verleihung des Bergwerkseigentums wegen Verletzung seines Muterrechtes mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nach § 42 VwGO oder mit der Widerspruchsklage nach § 35 ABG angreifen. Auf die Rechtsnatur und auf das Verhältnis dieser beiden Klagen zueinander braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden[4]. Hier kommt es allein darauf an zu zeigen, daß der besser berechtigte Muter die Verleihung auch nach der Ausfertigung und Zustellung der Verleihungsurkunde, also auch nach der Entstehung des Bergwerkseigentums[5] noch anfechten kann, weil diese Anfechtungsmöglichkeit die Sicherheit der Rechtsstellung des Muters vor der Verleihung besonders deutlich macht. Das "Wie" des Rechtsschutzes ist insoweit von nur untergeordneter Bedeutung.

---

1) Vgl. oben S. 104 f.

2) Vgl. WOLFF-RAISER § 96 I 2 = S. 389.

3) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228.

4) Vgl. dazu unten S. 217 f.

5) Das Bergwerkseigentum entsteht noch nicht mit der Ausfertigung der Verleihungsurkunde durch die Bergbehörde (§ 30 ABG), sondern erst mit der Aushändigung oder Zustellung der Urkunde an den Beliehenen. Vgl. KG, Beschl. v. 22.2.1906 = ZfB 47, 459.

Kann demnach bei Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung, zu denen der Fund (§ 15 I Ziff. 1 ABG), die Bergfreiheit des Fundpunktes (§ 15 I Ziff. 2 ABG), die Mutung (§§ 12 - 14 ABG), die Bergfreiheit des beanspruchten Feldes und die Feldesstreckung (§§ 17, 18, 27 ABG) gehören[1], von einer gesicherten privatrechtlichen Rechtsstellung des Muters gesprochen werden, die durch spätere Mutungen nicht mehr zerstörbar ist, so ergibt sich daraus, daß die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung neben dem öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch des § 22 ABG auch ein gegenüber jedermann wirksames privatrechtliches Anwartschaftsrecht begründet. Dieses Anwartschaftsrecht ist ebenso wie das Bergwerkseigentum, auf das es gerichtet ist, absolut, nicht aber dinglich, da das zu gewinnende Mineral zu unbestimmt und nicht genügend beherrschbar ist, um dem Berechtigten zugeordnet werden zu können[2].

In der Literatur haben neuerdings Wolff-Raiser[3] und Miesbach-Engelhardt[4] die privatrechtliche Rechtsstellung des Muters, die neben dem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums

---

1) Die einzelnen Elemente des Sukzessivtatbestandes des Muterrechts sind hier in der zeitlichen Reihenfolge aufgezählt, in der sie vorliegen müssen, um den Verleihungsanspruch zu begründen. Vgl. dazu ISAY, Vorbem. zu §§ 3 - 11 Rdn. 3 und § 17 Rdn. 5; RB v. 14.1.1868 = ZfB 9, 196; ObTrib., Erk. v. 25.2.1870 = ZfB 11, 290, 292.

2) Vgl. dazu WESTERMANN, ZfB 106, 122, 130 insbes. FN 29, und Sachenrecht, § 58 III 2.
Zum Inhalt und Wesen des Bergwerkseigentums als Inbegriff der dem gemeinsamen Zweck der bergmännischen Produktion dienenden Berechtigungen mit dem Kern der ausschließlichen Befugnis zur Aneignung der in dem Felde befindlichen Mineralien, vgl. BGH, Urt. v. 13.5.1955 = BGHZ 17, 224, 228; H.W. SCHULTE, ZfB 91, 297, 304 ff.; VOGELSANG, Bergwerkseigentum, S. 43 ff. und ZfB 105, 445, 446 sowie die w. Nachw. oben S. 4 FN 2.

3) Sachenrecht, § 96 I 2 = S. 389.

4) Komm., § 22 ABG Rdn. 1 a.

entsteht, ausdrücklich als Anwartschaftsrecht bezeichnet. Ein erster Ansatz in dieser Richtung läßt sich allerdings schon in einer älteren Abhandlung von Baron erkennen, der davon ausgegangen ist, daß Mutung und Verleihung zusammen einen "juristischen Prozeß" bilden, und das Recht aus der Mutung dementsprechend als "etwas Werdendes", als das "beginnende Bergwerkseigentum" bezeichnet hat[1]. Später hat dann Thielmann die Mutung als absolutes Recht bezeichnet, das eine Anwartschaft auf ein nach Landesgesetz den dinglichen Rechten gleichstehendes Recht (das Bergwerkseigentum) gebe, und damit erstmals den Begriff der Anwartschaft gebraucht[2].

Bestätigt wird das hier gefundene Ergebnis, nach dem der Muter mit der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung neben dem Verleihungsanspruch auch ein privates Anwartschaftsrecht erlangt, durch einen Vergleich mit der rechtlichen Situation bei der Erteilung eines Patents. Dieser Vergleich ist deshalb naheliegend und erlaubt, weil sich die Verleihung des Bergwerkseigentums und die Erteilung eines Patents an den Erfinder in ihrer juristischen Struktur gleichen: in beiden Fällen besteht ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Schaffung eines Privatrechts[3]; sowohl die Verleihung des Bergwerkseigentums als auch die Erteilung des Patents stellen gebundene privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte dar[4].

---

1) BARON, ZfB 19, 43, 53 f.

2) Vgl. KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2 = S. 78.

3) Vgl. WOLFF-RAISER § 96 I 5 = S. 389; HÜBNER, DPR, S. 322; BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 149 FN 63.

4) Vgl. HUBER, Bd. I, § 8 II 1 a = S. 78 u. Bd. II, § 76 I 2 c = S. 128 f.; BERNHARDT, Lb., § 22 I = S. 122; KISCH, Handbuch, S. 135.
Zur Rechtsnatur der Patenterteilung vgl. weiter HUBMANN, Gewerbl. Rechtsschutz, § 17 II 1 = S. 115; RG, Urt. v. 30.6.1937 = RGZ 155, 321, 325; BGH, Urt. v. 8.7.1955 = BGHZ 18, 81, 92; BVerwG,

Ähnlich wie sich bei der Verleihung des Bergwerkseigentums mit dem Fund, der Einlegung der Mutung, die sodann bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums begründet, und schließlich mit der Verleihung des Bergwerkseigentums verschiedene Entwicklungsstufen hinsichtlich des Bergwerkseigentums unterscheiden lassen, sind auch bei der Entstehung des Patentrechts mehrere Stufen zu erkennen. Durch den Erfindungsakt, der mit dem bergrechtlichen Fund, der Entdeckung des Minerals auf seiner natürlichen Ablagerung, verglichen werden kann, erwirbt der Erfinder das Erfinderrecht (vgl. demgegenüber das bergrechtliche Finderrecht nach § 24 ABG), das insbesondere das Recht auf das Patent enthält (§ 3 PatG). Die Anmeldung der Erfindung bei dem Patentamt begründet sodann den Anspruch auf die Erteilung des Patentrechts (§ 4 PatG; vgl. demgegenüber die vollständige Mutung, die den bergrechtlichen Verleihungsanspruch begründet, § 22 ABG). Mit der Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses (§ 35 PatG) entsteht schließlich das Patent[1] (vgl. demgegenüber §§ 30, 31, 32 ABG, wonach das Bergwerkseigentum grds. mit der Ausfertigung und Zustellung der Verleihungsurkunde entsteht und nur bei streitigem Anspruch des Muters ein Beschluß des Oberbergamtes vorausgeht[2]).

Urt. v. 13.6.1959 = GRUR 1959, 435 = NJW 1959, 1507 = BVerwGE 8, 350.

1) Der Erteilungsbeschluß ist für die Entstehung des Patentrechts maßgeblich, mögen auch die Eintragung in die Patentrolle, die Bekanntmachung im Patentblatt und die Ausfertigung der Patenturkunde noch nicht erfolgt sein. Vgl. REIMER, § 35 PatG Rdn. 1; HUBMANN, Gewerbl. Rechtsschutz, § 17 III = S. 116 f.

2) Vgl. zu den einzelnen Entwicklungsstufen des Patentrechts insbes. HUBMANN, Gewerbl. Rechtsschutz, § 5 II = S. 45; REIMER § 3 PatG Rdn. 2; BUSSE § 3 PatG Anm. 2.

Bei unserem Vergleich der Verleihung des Bergwerkseigentums mit der Patenterteilung interessiert nun in erster Linie die rechtliche Situation nach Einlegung der Mutung und nach Anmeldung der Erfindung. - Mit der Anmeldung der Erfindung beim Patentamt entstent zunächst der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Erteilung des Patents (§ 4 PatG), der dem öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch aus § 22 ABG entspricht. Daneben wird aber mit der Anmeldung auch ein privatrechtliches Anwartschaftsrecht auf das in der Entstehung begriffene Recht des Anmelders, die Erfindung allein und unter Ausschluß Dritter gewerblich auszunutzen, also auf das Patentrecht (vgl. § 6 PatG) begründet, das als Vollrecht erst mit der Rechtskraft des Patenterteilungsbeschlusses entsteht. Das ist einhellige Auffassung[1]. Im Gegensatz zu dem nach der hier vertretenen Ansicht mit der Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse der Mutung entstehenden Anwartschaftsrecht auf das Bergwerkseigentum ist das Bestehen dieses patentrechtlichen

---

1) Vgl. Bescheid des Präsidenten des PA v. 11.2.1950 in GRUR 1950, 294; AG München, Beschl. v. 9.12. 1960 = Mitt. 1961, 113, 116; BERNHARDT, Lb., § 31, VI; HUBMANN, Gewerbl. Rechtsschutz, § 5 II 2 b; BUSSE § 9 Anm. 8 II, § 3 Anm. 2; REIMER § 9 Rdn. 117; HUBER, Bd. II, § 76 I 2 c = S. 129; FORKEL, Grundfragen, S. 169; vgl. auch RG, Urt. v. 3.10. 1902 = RGZ 52, 227 und KISCH, Handbuch, S. 131, der von einer Vorstufe des Patents spricht. Anlaß für die Erörterung der Rechtsstellung des Erfinders nach Patentanmeldung ist vor allem die Pfändung der Patentanmeldung gewesen. Dabei ist angenommen worden, daß die Pfändung nicht - wie aus dem Wortlaut des § 9 PatG geschlossen werden könnte - den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Erfinders gegen das Patentamt auf Prüfung und gegebenenfalls auf Erteilung des Patents als hoheitsrechtlichen Verwaltungsakt erfaßt, der als öffentlich-rechtlicher Anspruch einer Pfändung nicht unterworfen sei, sondern die privatrechtliche Anwartschaft auf das im Entstehen begriffene Patentrecht. So eingehend DPA in GRUR 1950, 294 und AG München in Mitt. 1961, 113; BENKARD § 9 Rdn. 46.

Anwartschaftsrechtes jedoch nicht allein von der Rechtsprechung und Lehre entdeckt und begründet worden. Es findet sich vielmehr auch ein unmittelbarer gesetzlicher Hinweis auf dieses private Anwartschaftsrecht, und zwar in § 9 PatG, der neben dem öffentlich-rechtlichen "Anspruch auf Erteilung des Patents" das "Recht auf das Patent" erwähnt, für vererblich und übertragbar erklärt und damit die anwartschaftliche Zwischenposition des Anmelders kennzeichnet[1]. Gerade der Umstand, daß mit § 9 PatG eine positive gesetzliche Bestimmung einen Anhalt für das Bestehen des Anwartschaftsrechtes auf das Patentrecht bietet, rechtfertigt es aber, dieses patentrechtliche Anwartschaftsrecht zur Unterstützung unserer Auffassung heranzuziehen, daß in der vergleichbaren Situation der bergrechtlichen Mutung[2] ebenfalls ein privates Anwartschaftsrecht entsteht.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten: Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung begründet neben dem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Felde ein privatrechtliches Anwartschaftsrecht auf das in der Entstehung begriffene Bergwerkseigentum.

Damit ist ein sicherer Ausgangspunkt für den weiteren Gang der Untersuchung gewonnen. Im Wege der Aus-

---

1) Vgl. dazu insbes. RAISER (Dingl. Anwartschaften, S. 9), der unter Hinweis auf § 9 PatG die Rechtsstellung dessen, der ein Patent angemeldet hat, als klares Beispiel einer rechtlich geschützten Anwartschaft bezeichnet, sowie FORKEL (Grundfragen, S. 85), der § 9 PatG als Beleg dafür anführt, daß Anwartschaften Rechte sein können.

2) Auf die Vergleichbarkeit des Rechtes auf ausschließliche Benutzung und Verwertung eines noch zu erteilenden Patents und des durch eine Mutung erworbenen Rechts hat bereits das RG hingewiesen. Vgl. Urt. v. 8.2.1910 = RGZ 73, 121, 124 f. = ZfB 52, 122, 125.

legung kann nunmehr ermittelt werden, ob § 23 ABG die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch aus § 22 ABG den ordentlichen Gerichten zuweist, oder ob er lediglich klarstellt, daß der Streit über das private Anwartschaftsrecht des Muters vor die Zivilgerichte gehört[1].

ß) Auslegung des § 23 ABG

Es ist bereits dargelegt worden, daß § 23 ABG dem Wortsinne nach nicht eindeutig ist und daß sich auch auf Grund der systematischen Stellung im ABG ein eindeutiger Inhalt der Vorschrift nicht ermitteln läßt[2]. Die Formulierung "dieser Anspruch" läßt es einmal als möglich erscheinen, den Inhalt der Bestimmung dahin zu interpretieren, daß der im vorausgegangenen § 22 ABG normierte öffentlich-rechtliche Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums durch den Staat bei Behauptung eines besseren Rechtes vor den ordentlichen Gerichten nicht gegen die verleihende Bergbehörde, sondern nur gegen den verfolgt werden kann, der dem Muter die Behauptung des besseren Rechts entgegensetzt, während für die Verfolgung dieses öffentlich-rechtlichen Anspruchs gegen die verleihende Bergbehörde der Verwaltungsgerichtsweg eröffnet bleibt. Zum anderen liegt die Auslegung nahe, daß der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch hier nur vor dem ordentlichen Gericht und nur gegen diejenigen Personen verfolgt werden kann, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzten. Schließlich kann § 23 ABG noch dahin verstanden werden, daß er keine Regelung für die prozessuale Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen

---

1) Vgl. oben S. 97.

2) Vgl. oben S. 86 ff.

Verleihungsanspruchs enthält, sondern vielmehr nur klarstellt, daß das private Recht aus der Mutung, nämlich das privatrechtliche Anwartschaftsrecht auf das in der Entstehung begriffene Bergwerkseigentum, vor dem ordentlichen Gericht gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten verfolgt werden kann. Danach würde es für die Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs bei dem Verwaltungsgerichtsweg bleiben.

Nur bei einem dieser drei vom Wortsinn der Vorschrift gedeckten und damit möglichen Auslegungsergebnisse kann § 23 ABG als Zuweisungsvorschrift i.S. des § 40 I 2 VwGO aufgefaßt werden. Allein dann, wenn sich diejenige Auslegung als zutreffend erweist, daß nach § 23 ABG der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch nur vor dem ordentlichen Gericht und nur gegen diejenigen Personen verfolgt werden kann, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, sind die Voraussetzungen des § 40 I 2 VwGO gegeben: Dann ist die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums gem. § 40 I 2 VwGO i. Vbdg. m. § 23 ABG dem Zivilgericht zugewiesen, und der Verwaltungsrechtsweg ist infolgedessen ausgeschlossen.

Da sich weder aus dem Wortsinn noch aus der systematischen Stellung des § 23 ABG der Inhalt der Vorschrift eindeutig bestimmen läßt, ist nach weiteren Auslegungskriterien zu suchen.

Die Ansichten über das letztlich maßgebende Kriterium und damit über das Erkenntnisziel der Auslegung gehen auseinander. Die sogen. subjektive Auslegungstheorie[1] will nach Möglichkeit den historisch-psy-

---

1) Vgl. z.B. SAVIGNY, System, S. 213; WINDSCHEID, Pandekten, § 21; REGELSBERGER, Pandekten, S. 143; BIERLING, Prinzipienlehre IV, S. 230 ff.; HECK, AcP 112, 1 ff.(59); NAWIASKY, Allgem. Rechtslehre, S. 126 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 II.

chologischen Willen des Gesetzgebers erforschen, dem sie in ihrer konsequentesten Spielart auch dann Gehorsam leistet, wenn der Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden hat[1], während eine gemäßigtere Richtung den Willen des Gesetzgebers nur dann für maßgebend hält, wenn er im Gesetz wenigstens irgendwie erkennbaren, möglicherweise auch unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (Andeutungstheorie)[2]. Dagegen hält die neuere, sogen. objektive Auslegungstheorie[3] die Erschließung des dem Gesetz innewohnenden vernünftigen Sinnes, des normativen Gesetzessinnes, für das Ziel der Auslegung. Sie ist gegenwartsbezogen und erfaßt den "Willen des Gesetzes" mit dem durch die gegenwärtigen Lebensbedürfnisse und Werturteile bedingten Sinn. Damit paßt sie das Gesetz den zur Zeit der Auslegung das Gesamtsystem des Rechts beherrschenden Grundsätzen an.

Der scharfe Gegensatz zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie ist heute weitgehend überwunden. Während in der Rechtsprechung methodische Unsicherheit zu beobachten ist und schon aus diesem Grunde objektive und subjektive Auslegungskriterien oft nebeneinander verwendet werden[4], sucht die

---

1) Vgl. z.B. HECK, AcP 112, 1, 1, 138 ff.; RÜMELIN, AcP 122, 265, 275; STOLL, JherJb. 76, 134, 169.

2) So z.B. ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 II, und überwiegend die Rspr.. Vgl. RGZ 104, 171, 173; 139, 110, 112 sowie BGH, Urt. v. 11.10.1951 = LM Nr. 3 zu § 133 (D) BGB.

3) Vgl. z.B. BINDING, Strafrecht I, S. 450 ff.; WACH, Zivilprozeßrecht I, S. 254 ff.; KOHLER, Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 1 ff.; ESSER, Grundbegriffe, S. 183 f.; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 210 ff.; weitere Vertreter der obj. Theorie bei LARENZ, Methodenlehre, S. 33 FN 1.

4) Zur Zwiespältigkeit der Äußerungen in der höchstrichterlichen Judikatur vgl. die Übersicht bei BENDER, JZ 1957, 593 ff. sowie LARENZ, Methodenlehre, S. 237 f.. Vgl. auch MÜLLER, JZ 1962, 471 ff., der nachweist, daß die Entscheidung des

überwiegende Meinung in der Literatur bewußt nach einer Synthese beider Theorien, da beide nur eine "Teilwahrheit" enthalten und ihre jeweiligen Gefahren und Schwächen tunlichst in einer sinnvollen Synthese zu überwinden sind, die die berechtigten Anliegen beider Lehren und die in ihnen jeweils enthaltenen Leistungsmöglichkeiten berücksichtigt[1].

Eine rein objektive Theorie der Auslegung läßt sich ebensowenig halten wie die rein subjektive Theorie[2]. Die objektive Theorie kann nicht darüber hinwegsehen, daß das Gesetz die Züge dessen trägt, der es geschaffen hat, und daß der von ihr mit Recht betonte Gesetzeszweck zunächst jedenfalls einmal der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck ist, wenn dahinter auch objektive Zwecke des Rechts und zuletzt die Rechtsidee selbst stehen. Es wäre zudem auch verfassungsrechtlich nicht vertretbar, wenn dem Richter, der gem. Art. 20 III u. 97 GG, § 1 GVG an das Gesetz gebunden ist, bei der Auswahl und Abstimmung der durch Rechtsgebote zu realisierenden Zwecke dem Gesetzgeber gegenüber der Vorrang zukäme. Bindung an das Gesetz bedeutet also, daß die Gerichte grundsätzlich den im Gesetz erkennbar ausgedrückten, zweifelsfreien Willen des Gesetzgebers zu beachten ha-

---

2. Senats des BVerfG vom 21.5.1952 (BVerfGE 1, 299, 312), die sowohl vom BVerfG selbst als auch in der Literatur als ein grundsätzliches Bekenntnis zur objektiven Auslegungstheorie angesehen wird (s. BVerfG, Urt. v. 17.5.1960 = BVerfGE 11, 126, 129 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 II FN 5; LARENZ, Methodenlehre, S. 328), und auch die spätere Rspr. des BVerfG (z.B. BVerfGE 6, 55, 75; 8, 274, 307; 10, 20, 51; 10, 243, 244; 11, 126, 130) in Wahrheit eher der subjektiven Methode folgen.

1) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 238 ff.; BENDER, JZ 1957, 593, 597; STAUDINGER-BRÄNDEL, Einl. Rdn. 55 und BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, S. 45, der sagt, erst die ausgewogene Spannung beider Theorien schaffe die rechten Erkenntnisquellen.

2) Vgl. ZIMMERMANN, NJW 1954, 1628, 1630; LIVER, Der Wille des Gesetzes, S. 19 ff.

ben[1]. Auf der anderen Seite kommt aber die subjektive Theorie nicht daran vorbei, daß das Gesetz in der durch den Akt der Rechtssetzung geschaffene Gestalt doch dem Einfluß der Zeit und den sich mit ihr ändernden Wertungen unterliegt und sich damit gleichsam von seinem Urheber entfernt[2]. Das Gesetz ist mithin "seinem Wesen nach weder nur ein Willensakt oder Befehl, noch zeitlose, objektive Vernunft, sondern bis zu einem gewissen Grade beides"[3].

Eine sinnvolle Synthese beider Theorien ist mit der sogen. "progressiven Rechtsfindungsmethode" oder "mehrstufigen Rechtsfindungsmethode" gelungen, die auf den Auslegungsgrundsätzen der von Heck[4] begründeten Interessenjurisprudenz fußt und in neuerer Zeit insbesondere von G. und D. Reinicke, Zimmermann

---

1) LARENZ, Methodenlehre, S. 239 sowie NAWIASKY, Allgem. Rechtslehre, S. 129 f. und ENGISCH, Einführung, S. 95.

2) LARENZ, Methodenlehre, S. 239 f.

3) LARENZ, Methodenlehre, S. 240; zustimmend ECKARDT, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, S. 29. Auch der BGH stimmt LARENZ zu; er zitiert dessen weitere Ausführungen, nach denen das Gesetz "ebensowohl eine Manifestation des auf die Schaffung und Erhaltung einer 'gerechten' Ordnung gerichteten Willens des historischen Gesetzgebers, wie Ausdruck 'objektiver' Rechtsgedanken und Prinzipien ist, die einer solchen Ordnung von der Sache her notwendig immanent sind", und pflichtet LARENZ auch darin bei, daß die Ermittlung des tatsächlichen Willens des historischen Gesetzgebers ein wichtiges Moment aber nicht das letzte Ziel der Auslegung sein könne (BGH, Urt. v. 21. 3.1962 = BGHZ 37, 58, 60 f.); vgl. aber BGH, Urt. v. 25.6.1964 = NJW 1964, 2404, 2405, wonach maßgebend für die Auslegung der objektivierte Wille des Gesetzgebers ist und die Entstehungsgeschichte nur "ergänzend" herangezogen werden soll.

4) Vgl. HECK, AcP 112, 1 ff.

und Bender fortentwickelt worden ist[1]. Nach dieser Lehre ist zunächst der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers festzustellen. Auf der nächsten Stufe werden dann etwaige von Anfang an bestehende Gesetzeslücken geschlossen und anfängliche Anschauungs- und Denkfehler des Gesetzgebers berichtigt, wobei der Richter auch hier vorhandene Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen hat. Schließlich wird das Gesetz in einem letzten Stadium der Rechtsfindung einem seit der Entstehung des Gesetzes etwa eingetretenen und bedeutsamen Wandel der vom Gesetzgeber angeschauten Normsituation angepaßt, wobei die Anpassung an veränderte tatsächliche Verhältnisse im Vordergrund steht und nur ausnahmsweise eine Anpassung an veränderte Wertvorstellungen erfolgen wird. Als Ziel der Rechtsfindung erscheint damit "die der Rechtsidee verpflichtete Wahrung der Gegenwartsinteressen"[2].

Maßgebend für die Ermittlung des Inhalts des seinem Wortsinne nach nicht eindeutigen § 23 ABG ist demnach zunächst der "Wille des Gesetzgebers", d.h. die Vorstellung, die der Gesetzgeber selbst mit dem von ihm gewählten Ausdruck verbunden hat. Wie ist aber nun in dem komplizierten Gesetzgebungsverfahren einer Demokratie der "Wille des Gesetzgebers" zu bestimmen? Mit Recht lehnt der überwiegende Teil der Lehre es ab, unmittelbar die Vorstellungen der eigentlichen Gesetzesverfasser (Kommissionen von Sachverständigen oder die zuständigen Ministerialreferenten) als maßgebend anzusehen. Er stellt vielmehr auf die grundlegenden rechtspolitischen Entscheidungen und

---

1) G.u.D. REINICKE, MDR 1952, 141; NJW 1952, 1033 u. 1153; NJW 1954, 1217; NJW 1955, 1380 u. 1662; MDR 1957, 193; ZIMMERMANN, NJW 1952, 959; NJW 1953, 484; NJW 1954, 1628; NJW 1956, 1262; BENDER, JZ 1957, 593; zustimmend SIEBERT, Gesetzesauslegung, S. 45; LEISNER, DöV 1961, 642; LIVER, Wille des Gesetzes, S. 28 f.; Erik WOLF, AöR 80, 489; vgl. auch H.J. WOLFF, VerwR I, § 28 III c.

2) BENDER, JZ 1957, 593, 601.

Zwecke ab, die durch das Gesetz verwirklicht werden sollen. Von ihnen haben die zustimmenden Abgeordneten ein deutliches Bewußtsein gehabt, ihnen wollten sie durch ihre Zustimmung Wirklichkeit verleihen[1]. Genauere Vorstellungen über einzelne Bestimmungen werden sie nur in Ausnahmefällen gehabt haben, wenn z.B. eine konkrete Frage vorher umstritten war oder im Parlament diskutiert wurde. Offenbart sich der "Wille des Gesetzgebers" demnach in den von den gesetzgebenden Körperschaften bewußt getroffenen Grundentscheidungen des Gesetzes, so haben doch die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser die Vermutung für sich, daß sie in der Richtung dieser Grundentscheidung liegen, und geben daher zumindest wertvolle Anhaltspunkte für das Verständnis der Norm[2]. Entnehmen lassen sich die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser weitgehend aus Parlamentsberichten, Sitzungsberichten der beratenden Kommissionen, Begründungen des Regierungsentwurfes oder von Gesetzesanträgen usw.. Soweit diese Quellen nicht ausreichen, um die Erwägungen, Motive und Vorstellungen der Gesetzesverfasser erkennbar werden zu lassen, muß die gesamte Entstehungsgeschichte des Gesetzes herangezogen werden[3].

---

1) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 247 f.; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 III, der fragt, welcher normative Willensinhalt (im Sinne von Grund, Sinn und Zweck) in dem Gesetzgebungsakt herrschend geworden ist; ebenso BENDER, JZ 1957, 593, 596.
Anders ENGISCH, der meint, die Mitglieder der Gesetzgebungskörperschaft hätten sich regelmäßig die Bedeutung zu eigen machen wollen, "die die eigentlichen Gesetzesverfasser dem von ihnen erarbeiteten gesetzlichen Text mit auf den Weg gegeben haben". Vgl. Einführung, S. 95; ebenso SIEBERT, Gesetzesauslegung, S. 31 ff.

2) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 248 f.; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 55 I 1 u. 2.

3) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 249; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 III a.E.
Zur weiteren Entstehungsgeschichte gehören insbes. die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse als Motiv der gesetzgeberischen Willensbildung, Reformbestrebungen, die der Gesetzgeber berücksichtigen

Zur Ermittlung des Inhalts von § 23 ABG sind danach zunächst die Gesetzesmaterialien heranzuziehen.

Im Rahmen des Überblicks über die historische Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren sind bei der Erörterung der ursprünglichen Ausgestaltung der Rechtsbehelfe die Materialien zu § 23 ABG bereits eingehend behandelt worden[1]. Dabei haben wir gesehen, daß dem Muter nach den Motiven des Regierungsentwurfes ein Klagerecht gegen den Staat zur Geltendmachung seines Rechtsanspruches auf Verleihung nicht zugestanden werden sollte. Die Versagung des Klagerechtes ist insbesondere damit begründet worden, daß die Verleihung einen in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehörigen Hoheitsakt darstelle. Die Ausübung dieses Hoheitsrechtes hielt man auf dem Rechtswege nicht für erzwingbar. Ganz im Sinne dieser Auffassung ist dann die in § 23 ABG normierte Klagbarkeit des Rechtes aus der Mutung gegenüber dritten Konkurrenten damit erklärt worden, daß sich der Streit zwischen diesen Personen lediglich auf privatrechtlichem Gebiet bewege[2]. Geht demnach schon

---

wollte, der vorherige Rechtszustand und der Stand der Rechtswissenschaft sowie die ganzen Strömungen der Zeit.

1) Vgl. oben S. 29 - 36 und S. 39.

2) Vgl. Motive des Regierungsentwurfs, ZfB 6, 104 und bei HAHN S. 94; s.o. Seite 39. Vgl. auch die Motive zu dem Vorläufigen Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes von 1862, wo es an einer Stelle heißt, "klagbar sei dieser (Verleihungs-)Anspruch nicht gegen die das Hoheitsrecht ausübende Staatsbehörde, sondern nur gegen denjenigen, welcher dem Muter einen privatrechtlichen Widerspruch entgegensetze" (S. 44), und an anderer Stelle ausgeführt wird, daß dem Muter ein Klagerecht gegen den Staat mit Rücksicht auf das lediglich in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehörige Hoheitsrecht nicht zugestanden werde "und daher ... eine gerichtliche Klage des Muters nur gegen dritte Konkurrenten zugelassen werden müsse, indem der Streit zwischen diesen Personen sich entschieden auf privatrechtlichem Gebiet bewege und demnach vor die ordentlichen Gerichte gehöre" (S. 45 f.).

aus den Motiven des Regierungsentwurfes eindeutig hervor, daß Gegenstand der Verleihungsklage nach § 23 ABG nicht der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch aus § 22 ABG, sondern das private Recht aus der Mutung sein sollte, so wird dieses Ergebnis durch die in den Motiven der Kommission des Herrenhauses wiedergegebenen Diskussionen um die Vorschrift des § 23 ABG noch bestätigt. Wie wir festgestellt haben[1], ist dort unter Hinweis auf die Fundamentalsätze des damaligen Staatsrechts besonders stark betont worden, daß die Bergbehörde, die den Staat bei der Verleihung in Ausübung seiner Hoheitsrechte vertrete, nicht im Rechtswege in Anspruch genommen werden könne, da sonst die richterliche Gewalt über die Staatsgewalt als solche gesetzt und der Richter souverän gemacht würde. Ein Antrag, der darauf abzielte, durch eine Änderung des § 23 ABG klarzustellen, daß auch gegen die die Verleihung verweigernde Bergbehörde der Rechtsweg stattfinde, wurde abgelehnt. Das Argument der Antragsteller, die Verleihung müsse auch wider den Staat im Rechtswege geltend gemacht werden können, da sie Gegenstand eines ihm gegenüber erworbenen Rechtsanspruchs sei, fand kein Gehör. Mehrfach wurde dabei in der Diskussion klargestellt, daß § 23 ABG die Durchsetzung des privaten Rechts aus der Mutung gegenüber dritten Konkurrenten betreffe, also eigentlich etwas feststelle, was sich von selbst verstehe.

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 23 ABG ergibt sich demnach unzweifelhaft, daß in § 23 ABG ausschließlich die Klagbarkeit des privatrechtlichen Rechtes aus der Mutung gegenüber konkurrierenden Dritten geregelt werden sollte und daß nicht etwa eine Regelung für die Durchsetzung des gegen den Staat gerichteten

---

1) Vgl. Motive der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94 f. und oben S. 33 - 35.

öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruches auf dem Rechtswege (= vor den ordentlichen Gerichten) getroffen werden sollte. Der so ermittelte "Wille des Gesetzgebers" entspricht auch in vollem Umfang der zur Zeit der Schaffung des ABG noch nachwirkenden absolutistisch-polizeistaatlichen Staatsauffassung und dem dieser Staatsauffassung verpflichteten Rechtsdenken. In dem Überblick über die historische Entwicklung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren ist gezeigt worden[1], daß nach der zur damaligen Zeit noch vorherrschenden Rechtsauffassung die Ausübung der Hoheitsrechte des Staates nicht von der Einwirkung irgend einer Gerichtsbarkeit abhängig sein konnte[2].

Da für die Auslegung des § 23 ABG nach der hier befolgten mehrstufigen Auslegungsmethode zunächst der Wille des historischen Gesetzgebers entscheidend ist, kann als vorläufiges Ergebnis der Auslegung festgehalten werden, daß § 23 ABG lediglich klarstellt, daß das privatrechtliche Anwartschaftsrecht aus der Mutung vor dem ordentlichen Gericht gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten verfolgt werden kann. Eine Regelung für die prozessuale Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs enthält § 23 ABG danach also weder in der Form, daß dieser Anspruch bei Behauptung eines besseren Rechts nur vor dem ordentlichen Gericht und nur gegen den das bessere Recht behauptenden Dritten verfolgt werden kann, noch dergestalt, daß der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch bei Behauptung eines besseren Rechts auch vor dem ordentlichen Gericht verfolgt werden kann, zwar nicht gegen die Bergbehörde, wohl aber gegen diejenigen Personen, die dem Muter die Behauptung des besseren Rechts entgegensetzen.

---

1) Vgl. oben S. 30 - 36.

2) So insbes. die auf S. 32 f. wiedergegebene Kabinetsorder Friedrich Wilhelms III. vom 4. Dez. 1831.

Dieses Auslegungsergebnis hält sich im Rahmen des möglichen Wortsinnes von § 23 ABG. Zwar spricht der Wortlaut der Vorschrift nicht von dem privaten Recht aus der Mutung oder auch nur einfach von dem Recht aus der Mutung, das vor den ordentlichen Gerichten gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten zu verfolgen sei. Indessen kann auch die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung "dieser Anspruch" so verstanden werden, daß damit nicht der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums aus § 22 ABG, sondern das private Recht aus der Mutung gemeint ist. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß zur Zeit der Schaffung des ABG der Begriff des Anspruchs noch nicht so genau bestimmt war wie heute nach dem Erlaß des BGB, das den Anspruch im Anschluß an Windscheid in § 194 I als das Recht definiert hat, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen[1]. So werden z.B. noch in dem grundlegenden Urteil des Reichsgerichts zur rechtlichen Natur des durch die Mutung begründeten Rechts vom 14. April 1888[2] die Begriffe "Recht aus der Mutung" und "Anspruch aus der Mutung" völlig synonym gebraucht[3].

Geht man von dem bisher gefundenen Auslegungsergebnis aus, so enthält § 23 ABG keine Zuweisung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums an das ordentliche Gericht (§ 40 I 2 VwGO). Es bliebe also auch dann, wenn dritte Per-

---

1) Vgl. dazu ENNECCERUS-NIPPERDEY § 222 I; ENDEMANN, Handwörterbuch d. Rechtswiss., 1. Bd., S. 215 f.

2) RGZ 21, 225 = ZfB 29, 401.

3) Vgl. RGZ 21, 226 unten, 227 oben. Bezeichnend ist auch die Formulierung auf S. 227 unten: "Dagegen erachtet KOCH ... den Anspruch aus der Mutung für einen persönlichen ... . Ebenso verneint ARNDT ... die dingliche Natur des Mutungsrechtes ... und erklärt dasselbe im Anschluß an STOBBE ... für einen öffentlich-rechtlichen Anspruch an den Staat."

sonen dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, für die Verfolgung des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Das privatrechtliche Anwartschaftsrecht aus der Mutung wäre hingegen - wie § 23 ABG nach dieser Auslegung klarstellt - gegenüber dem ein besseres Recht behauptenden Dritten auf dem Zivilrechtswege zu schützen. Dieselbe Frage, ob z.B. ein Mutungsvorrecht eines Dritten besteht, könnte danach Gegenstand zweier gerichtlicher Verfahren sein. Nach dem bisher gewonnenen Auslegungsergebnis ergäbe sich also das Problem der Konkurrenz zwischen dem Verwaltungs- und Zivilrechtsweg.

Gerade dieses praktisch unbefriedigende Ergebnis[1] gibt aber Anlaß danach zu fragen, ob nicht die grundlegende Veränderung der rechtlichen Verhältnisse, die seit dem Erlaß des ABG vor nunmehr hundert Jahren eingetreten ist, eine Anpassung der in § 23 ABG getroffenen Regelung an diese neuen Verhältnisse nötig macht. Wir haben gesehen[2], daß es im letzten Stadium der Rechtsfindung notwendig und erlaubt sein kann, den Gesetzesinhalt einem bedeutsamen Wandel der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Normsituation anzupassen, und zwar nicht nur bei einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, sondern - mit der gebotenen Zurückhaltung - auch bei einem Wechsel der

---

1) Mit Nachdruck weist insbes. NIPPERDEY auf die große Bedeutung hin, die dem Wert und insbesondere der Praktikabilität des Ergebnisses beizumessen ist, das bei der einen oder anderen Auslegung entsteht. Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY § 56 III = S. 334 f.; ebenso ENGISCH, Einführung, S. 77; SIEBERT, Gesetzesauslegung, S. 9. Bedenklich daher z.B. BGH, Urt. v. 18.5.1955 = BGHZ 17, 267, wo der Praktikabilität des Ergebnisses keine Bedeutung zugemessen wird, obwohl es sich sogar um einen Fall der Rechtsfortbildung contra legem handelte.

2) Vgl. oben S. 127.

dem Gesetz zugrunde liegenden rechtlichen Situation[1]. Denn Endziel der Rechtsfindung ist die Wahrung der Gegenwartsinteressen.

Grundlegend geändert hat sich seit dem Erlaß des ABG der Rechtsschutz des einzelnen gegenüber hoheitlichen Akten des Staates. Mit der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel bei der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach 1945[2] ist die Möglichkeit geschaffen worden, grundsätzlich alle Verwaltungsakte mit der verwaltungsgerichtlichen Klage anzugreifen. Gegen ihn beschwerende Verwaltungsakte kann der Staatsbürger die Anfechtungsklage mit dem Antrag auf Aufhebung des Verwaltungsaktes erheben. Hat die Verwaltungsbehörde dagegen einen Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes abgelehnt oder den Antragsteller zu bescheiden unterlassen, so kann der Anspruch auf Erlaß des Verwaltungsaktes mit der Verpflichtungsklage verfolgt werden (vgl. § 42 VwGO). Hieraus ergibt sich, daß dem Muter im Verleihungsverfahren des ABG auch ohne die Vorschrift des § 23 ABG umfassender Rechtsschutz gewährt wäre. Die rechtliche Situation unterscheidet sich also heute grundlegend von den rechtlichen Wertungen, die für die Schaffung des § 23 ABG maßgebend waren. Nach damaliger Rechtsauffassung hielt man es wegen der Souveränität des Landesherrn für ausgeschlossen, öffentlichrechtliche Ansprüche gegenüber dem Staat klageweise auf dem Rechtswege, also vor den ordentlichen Gerichten durchzusetzen[3]. Verwaltungsgerichte waren

---

1) Vgl. dazu insbes. G. u. D. REINICKE, MDR 1957, 191, 194; BENDER, JZ 1957, 593, 602 a.E.; ZIMMERMANN, NJW 1953, 484, 485 f.

2) Vgl. dazu oben S. 58 ff.

3) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 29 - 36 und S.129 f.; Motive des Regierungsentwurfs und der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94 f.

in Preußen noch gar nicht geschaffen[1]. Wollte man den gegen den Staat gerichteten Verleihungsanspruch überhaupt durch die Einräumung von gerichtlichem Rechtsschutz sichern, so blieb nur der Weg der Gewährung eines mittelbaren Rechtsschutzes gegenüber dem Staat. Ihn hat der Gesetzgeber mit § 23 ABG beschritten, indem er bestimmte, daß der Muter sein (privates) Recht aus der Mutung gegen die ein besseres Recht behauptenden Personen auf dem Rechtswege verfolgen könne, und weiterhin die gerichtliche Entscheidung für das Oberbergamt als verbindlich erklärte (§ 35 IV ABG)[2].

Wenn nun heute infolge des umfassenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, der mit der Einführung der Generalklausel geschaffen worden ist, ein praktisches Bedürfnis für den mit der Verleihungsklage des § 23 ABG gegebenen mittelbaren Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten nicht mehr besteht, so liegt die Frage nahe, ob nicht eine Anpassung des ABG an die veränderte rechtliche Situation dazu führen muß, die Weitergeltung der durch § 23 i. Vbdg. m. § 35 IV ABG geschaffenen mittelbaren Rechtsschutzmöglichkeit überhaupt zu verneinen. Dem steht entgegen, daß der Richter, um das Prinzip der Gewaltentrennung zu wahren, grundsätzlich an das Gesetz gebunden sein muß, mag es auch wegen der veränderten Wertungen veraltet und mit den modernen, geläuterten Rechtsanschauungen nicht mehr im Einklang stehen.

---

1) Erst 1872 wurden mit der Einrichtung der Kreisausschüsse durch die Kreisordnung vom 13. Dez. 1872 (GS S. 661) die ersten Verwaltungsgerichte in Preußen geschaffen. Vor diesem Zeitpunkt hatte nur Baden auf Grund des Gesetzes vom 5. Okt. 1863 als erstes deutsches Land ein eigenes Verwaltungsgericht errichtet. Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 25, 3 = S. 471 und die Darstellung oben S. 47 f.

2) Vgl. oben S. 37 - 39 und S. 129 f.; Motive des Regierungsentwurfs und der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 94 f.

Bei einer Veränderung der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertanschauungen ist die Bindung des Richters an das Gesetz in noch stärkerem Maße zu betonen als bei einer Veränderung der tatsächlichen, wirtschaftlichen Verhältnisse. Denn anders als bei der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse hat der Gesetzgeber hier den Interessenkonflikt gesehen und entschieden, wobei er lediglich von heute nicht mehr zutreffenden Rechtsanschauungen ausgegangen ist[1]. Grundsätzlich kann es nicht Aufgabe des Richters sein, das Gesetz den wechselnden rechtlichen Wertungen anzugleichen, da das einen unzulässigen Eingriff des Richters in die Kompetenz des Gesetzgebers bedeuten würde[2]. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, ein Gesetz, durch das er einen Konflikt entschieden hat, aufzuheben oder umzugestalten, wenn es den gewandelten Rechtsanschauungen nicht mehr entspricht. Eine Ausnahme ist aber dann zu machen, wenn die weitere unveränderte Anwendung des Gesetzes für das Rechtsempfinden unerträglich sein würde[3]. Das

---

1) Vgl. G. u. D. REINICKE, MDR 1957, 193, 194; ZIMMERMANN, NJW 1953, 484, 485 f.

2) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 267 u. S. 265, der diese Ansicht auch für die Auslegung innerhalb des möglichen Wortsinnes einer Norm vertritt.

3) G. u. D. REINICKE, MDR 1957, 193, 194; ZIMMERMANN, NJW 1953, 484, 486; BENDER, JZ 1957, 593, 602 a.E.; vgl. auch LARENZ, Methodenlehre, S. 265 oben.

Grundsätzlich ist es also richtig, wenn das BVerwG ausführt: "Die Gerichte sind aber nicht befugt, einer Rechtsnorm entgegen dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers die Anerkennung zu versagen, nur weil sie nicht mehr als zeitgemäß empfunden werden mag."(Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.8.1956 = BVerwGE 4, 60, 63 f. = NJW 1956, 1891 f.) Dagegen kann der These von JAGUSCH (SJZ 1947, 295), nach der der Fortbestand der beim Erlaß einer Norm sinngemäß vorausgesetzten "Normsituation" Geltungsbedingung der Norm sei, nicht schlechthin zugestimmt werden.

Erweist sich aber die Anwendung eines veralteten Gesetzes als schlechthin untragbar, so kann auch das Prinzip der Gewaltentrennung nicht zur Bindung des Richters an das überholte Gesetz führen. Einmal wird man davon ausgehen können, daß in

ist bei § 23 ABG nicht der Fall. Wenn § 23 ABG in dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn angewendet wird, ergibt sich zwar heute nach der generellen Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges eine Doppelgleisigkeit der Rechtswege mit der Gefahr, daß vor dem Zivil- und dem Verwaltungsgericht widersprechende Entscheidungen ergehen können. Die Doppelgleisigkeit der Rechtsbehelfe mag umständlich und praktisch unbefriedigend sein, schlechthin untragbar ist sie nicht. § 23 ABG gilt also trotz der inzwischen eingetretenen grundlegenden Veränderung der rechtlichen Verhältnisse fort. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß das Gesetz zur Bereinigung des preußischen Rechts vom 7. November 1961, durch das das ABG als weitergeltende Rechtsvorschrift in die Anlage I zu diesem Gesetz aufgenommen und dabei neu gefaßt worden ist, die Vorschrift des § 23 ABG ebenso wie die §§ 31 II und 35 II ABG (Einspruchs- und Widerspruchsklage) unverändert aufrecht erhalten hat[1], obwohl der Gesetzgeber - wie sich aus der Änderung des § 38 a ABG ergibt - die Zweigleisigkeit der Rechtsbehelfe gesehen hat[2].

Wenn die Anpassung an die veränderten Wertanschauungen demnach nicht dazu führen kann, § 23 ABG über-

---

diesen Fällen eine Ermächtigung des Richters zur Anpassung des Gesetzes an die Wertvorstellungen der Gegenwart dem Willen des einsichtigen Gesetzgebers entspricht (G. u. D. REINICKE, MDR 1957, 193, 194). Zum anderen ist zu beachten, daß der Richter nicht allein an das Gesetz, sondern "an Gesetz und Recht" (Art. 20 III GG) gebunden ist, wobei die Bindung an das Gesetz hinter die Bindung an das Recht als Sinn-Ganzes und Ausdruck der Rechtsidee zurückzutreten hat (LARENZ, Methodenlehre, S. 277 f.).

1) Es ist lediglich der Wortlaut der Bestimmungen dem modernen juristischen Sprachgebrauch angepaßt worden, indem die Worte "auf dem Rechtswege" durch die Formulierung "vor den ordentlichen Gerichten" ersetzt wurden.

2) Vgl. dazu im einzelnen die Darstellung oben S. 83 - 86.

haupt für unanwendbar zu erklären, so bleibt noch die davon zu unterscheidende Frage zu beantworten, ob es nicht geboten und zulässig ist, die Vorschrift innerhalb ihres möglichen Wortsinnes heute in einem vom Willen des Gesetzgebers abweichenden Sinn auszulegen und auf diesem Wege eine Anpassung an die neue rechtliche Situation zu erreichen, die durch die generelle Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges eingetreten ist[1]. Dabei bietet sich die Auslegungsmöglichkeit an, nach der § 23 ABG die Bedeutung hat, daß der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch aus § 22 ABG bei Behauptung eines besseren Rechts nur vor dem ordentlichen Gericht und nur gegen den das bessere Recht behauptenden Dritten verfolgt werden soll. Denn bei dieser Auslegung würde § 23 ABG eine Zuweisungsvorschrift i.S. von § 40 I 2 VwGO darstellen. Bei einer Kollision mit besseren Rechten Dritter wäre demnach die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums den Zivilgerichten zugewiesen und der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen. Damit wäre zwar die Zweigleisigkeit der Rechtsbehelfe für den einzelnen Fall beseitigt. Jedoch würde auch dieses Ergebnis wenig befriedigen, da dann bei grundsätzlich gegebener Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für den besonderen Fall der Behauptung besserer Rechte durch dritte Mitbewerber der Zivilrechtsweg eröffnet wäre, also ein Gericht zu entscheiden hätte, das im allgemeinen nicht mit den Fragen des Verleihungsverfahrens befaßt ist.

Gegen eine derartige vom Willen des Gesetzgebers abweichende Auslegung des § 23 ABG sprechen aber prinzipiell die gleichen Erwägungen, die uns davon abge-

---

1) LARENZ spricht hier von einem Bedeutungswandel der Rechtsnorm, der durch die veränderte, der neuen Situation angepaßte Auslegung in der Rechtsprechung herbeigeführt werde (Methodenlehre S. 261 ff.).

halten haben, die Vorschrift heute überhaupt für unanwendbar zu halten. Auch unter den veränderten Rechtsanschauungen hat § 23 AEG mit dem vom Gesetzgeber gewollten Inhalt trotz der sich daraus ergebenden, praktisch unbefriedigenden Konkurrenz von Zivil- und Verwaltungsrechtsweg einen vernünftigen Sinn behalten[1], indem er den Schutz des privaten Rechts aus der Mutung hervorhebt. Ein schwerwiegender Wertungswiderspruch innerhalb der heutigen Rechtsordnung, der die Anwendung des § 23 AEG in dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn als untragbar erscheinen ließe, ist nicht erkennbar[2]. Die Auslegung als Zuweisungsvorschrift i.S. von § 40 I 2 VwGO würde zudem der Tendenz zuwiderlaufen, bei Streitigkeiten des öffentlichen Rechts[3] in möglichst weitem Umfang den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen. So ist durch die Fassung des § 40 I VwGO, nach der der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, soweit die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist, ausgeschlossen worden, daß die Zivilgerichte ihre Zuständigkeit weiterhin aus dem traditionellen Besitzstand herleiten (sogen. Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung)[4].

---

1) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 264.

2) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 267; G. u. D. REINICKE, MDR 1957, 193, 194; ZIMMERMANN, NJW 1953, 484, 486.
Entschieden zu weit geht der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts, wenn er ohne Einschränkung sagt, es sei nach neuerer Rechtsprechung "Aufgabe der Gerichte, gesetzliche Bestimmungen den in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht veränderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen anzupassen, ihnen, wenn die bisherige Auslegung damit nicht mehr in Einklang steht, einen den neuen Verhältnissen entsprechenden Inhalt zu geben", wobei die Gerichte auch befugt seien, vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen (BAG, Urt. v. 9.10.1956 = NJW 1957 S.319). Kritisch dazu auch LARENZ, Methodenlehre, S. 265.

3) ausgenommen die Verfassungsstreitigkeiten.

4) Vgl. die amtl. Begründung zu § 40 VwGO (BT-Drucksache 55, 3. Wahlperiode, S. 30/31, abgedruckt bei KOEHLER § 40 Anm. III und bei EYERMANN-FRÖHLER

Als Ergebnis der Auslegung des § 23 ABG ist demnach festzuhalten, daß er keine Regelung für die prozessuale Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Verleihung des Bergwerkseigentums aus § 22 ABG enthält, sondern lediglich bestimmt, daß das private (Anwartschafts-) Recht aus der Mutung vor dem ordentlichen Gericht gegen die ein besseres Recht behauptenden Dritten verfolgt werden kann.

c) Zusammenfassung

Da sich aus den angestellten Erwägungen ergibt, daß § 23 ABG ausschließlich die privatrechtliche Seite der Mutung betrifft, können wir jetzt unsere Frage, ob die öffentlich-rechtliche Streitigkeit über die Verleihung des Bergwerkseigentums im Falle der Behauptung besserer Rechte durch konkurrierende Dritte durch § 23 ABG den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist[1)], negativ beantworten. § 23 ABG ist keine Zuweisungsvorschrift i.S. von § 40 I 2 VwGO, die den Verwaltungsrechtsweg ausschließen würde. Damit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß der Muter den Verleihungsanspruch auch dann vor dem Verwaltungsgericht verfolgen kann, wenn dritte Personen ihm die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen.

2. Verfahren

Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht gelten hier weitgehend dieselben Grundsätze, wie sie für den Fall entwickelt worden sind, daß dem mit seinem

---

§ 40 Rdn. 93), wo es heißt, daß die innere Berechtigung für eine Zuständigkeit der Zivilgerichte kraft Überlieferung entfallen sei, nachdem sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit nunmehr zu echter Gerichtsbarkeit entwickelt habe.

1) Vgl. oben S.81 f.

Verleihungsantrag abgewiesenen Muter dritte Konkurrenten nicht entgegentreten[1].

Fraglich ist aber, ob der abgewiesene Muter, dem konkurrierende Dritte die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, sich ebenso wie der Muter, dem keine Mitbewerber gegenüber stehen, darauf beschränken kann, die Verpflichtungsklage gegen das Oberbergamt zu erheben, oder ob er die Verpflichtungsklage mit der Anfechtungsklage verbinden muß. Letzteres erscheint jedenfalls dann als naheliegend, wenn das Oberbergamt nicht nur den Verleihungsantrag des Muters zurückgewiesen, sondern gleichzeitig oder doch vor Rechtskraft des Zurückweisungsbeschlusses[2] dem konkurrierenden Muter das Bergwerkseigentum an dem fraglichen Feld verliehen hat[3].

Dieser Fall kann z.B. dann praktisch werden, wenn die Eigentümer zweier Nachbarfelder ein von ihren Feldern umschlossenes Zwischenfeld kurze Zeit nacheinander muten. Weist hier das Oberbergamt die nach § 25 ABG an sich bevorrechtigte erste Mutung z.B. wegen eines zu geringen Abstandes des Fundpunktes von den Feldesgrenzen zurück, so kann es gleichzeitig dem zweiten Muter das Bergwerkseigentum verleihen. In aller Regel wird zwar das Oberbergamt die Entscheidung über die zweite Mutung aussetzen, bis

---

1) Vgl. oben S. 71 - 80.

2) Wenn der Zurückweisungsbeschluß rechtskräftig ist, kann der abgewiesene Muter die Verleihung des Bergwerkseigentums an sich nicht mehr verlangen. Darüber hinaus kann er aber auch die Verleihung des Bergwerkseigentums an den konkurrierenden Muter nicht mehr anfechten, da ihm dann auch insoweit die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO fehlt, d.h. eine Verletzung seiner Rechte nicht mehr in Betracht kommt (BVerwG, Urt. v. 28.1.1960 = BVerwGE 10, 122).

3) Vgl. dazu ISAY § 22 Rdn. 9 = S. 249.

über die entgegenstehende erste Mutung rechtskräftig im Verwaltungsstreitverfahren entschieden ist. Eine Verpflichtung zur Aussetzung besteht jedoch für die Bergbehörde nicht[1].

Hat das Oberbergamt dem zweiten Muter das Bergwerkseigentum verliehen, so liegt es nahe anzunehmen, daß der abgewiesene erste Muter die Anfechtungsklage und die Verpflichtungsklage miteinander verbinden muß, wobei die Anfechtungsklage darauf gerichtet wäre, die dem Verleihungsantrag des zweiten Muters stattgebende Entscheidung des Oberbergamtes aufzuheben, während es das Ziel der Verpflichtungsklage sein würde, das Bergwerkseigentum an dem fraglichen Feld nunmehr ihm, dem ersten Muter, unter Aufhebung der seinen Verleihungsantrag zurückweisenden Entscheidung zu verleihen. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, daß der abgewiesene erste Muter sich auch hier darauf beschränken kann, allein die Verpflichtungsklage zu erheben.

Wenn zwei Muter in der beschriebenen Weise nacheinander[2] die Verleihung des Bergwerkseigentums bezüg-

---

1) Vgl. ISAY § 31 Rdn. 3 = S. 286 und Rdn. 17; RB v. 18.1.1871 = ZfB 12, 136; RB v. 28.1.1871 = ZfB 12, 137.

2) Etwas anders ist die rechtliche Situation, wenn beide Mutungen gleichzeitig bei der Bergbehörde eingehen. Sie haben nach § 25 ABG den gleichen Rang. Verständigen sich die Muter nicht in anderer Weise, so ist ihnen, soweit sich die von ihnen begehrten Felder decken, das Bergwerkseigentum gemeinschaftlich zu verleihen. Vgl. Motive, ZfB 6, 106 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 168; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 25 Anm. 2; MIESBACH-ENGELHARDT zu Art. 30 bayBergG, der eine entsprechende Regelung enthält; a.A. ISAY § 25 Rdn. 2 und EBEL-WELLER § 25 Anm. 1, die annehmen, daß die Verleihung bei fehlender Einigung beiden Mutern versagt werden müsse.
Wird das Bergwerkseigentum einem der Muter allein verliehen, während der andere Muter abgewiesen wird, so braucht letzterer auch hier nur die Verpflichtungsklage mit dem Ziel gemeinschaftlicher Verleihung zu erheben.

lich desselben Feldes beantragen, handelt es sich um einen der Fälle, in denen mehrere Personen einen begünstigenden Verwaltungsakt begehren, der aber der Natur der Sache nach nur einem Antragsteller erteilt werden kann. Wird dem Muter M 1 das Bergwerkseigentum verliehen, so hat das zur notwendigen Folge, daß der Verleihungsantrag des Muters M 2 abgelehnt werden muß. Andererseits kann das Bergwerkseigentum in unserem Fall dem zweiten Muter nur verliehen werden, wenn die von dem ersten Muter beantragte Verleihung versagt wird. Man kann hier die Verleihung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung bezeichnen, da die Begünstigung des einen Muters zugleich notwendig eine Beeinträchtigung des anderen Muters beinhaltet[1]. Wegen der notwendigen Abhängigkeit, in der die Verleihung des Bergwerkseigentums an den einen Muter und die Versagung der Verleihung an den anderen Muter zueinander stehen, wird man die beiden Verwaltungsakte materiell als einen einheitlichen Akt ansehen müssen, der nur aus technischen Gründen in zwei Bescheide aufgeteilt ist[2].

Aus dieser einheitlichen Betrachtungsweise folgt, daß der abgewiesene Muter die Verleihung des Bergwerks-

---

1) Vgl. H.J. WOLFF, VerwR I, § 47 VI c; v. TUREGG-KRAUS S. 135; DÖRFFLER, NJW 1963, 14 ff., insbes. S. 15 FN 16; BVerwG, Urt. v. 11.10.1956 = BVerwGE 4, 89; Urt. v. 13.5.1960 = BVerwGE 10, 310 = NJW 1960, 1971.
Auf die von DÖRFFLER (a.a.O.) vorgeschlagene begriffliche Unterscheidung von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung und von Verwaltungsakten mit Drittwirkung (zustimmend: SIEGMUND-SCHULTZE, DVBl. 1963, 745, 753; THEJERKAUF, DVBl. 1964, 386, 390; ablehnend: FROMM, VerwArch. 56, 26, 27 f., und wohl auch SELLMANN, NJW 1964, 1545) soll hier nicht näher eingegangen werden, da sie in diesem Zusammenhang praktisch keine Rolle spielt.

2) So EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 89; zustimmend ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 1 b = S. 124; vgl. auch FROMM, VerwArch. 56, 26, 37 f.; OVG Lüneburg, Urt. v. 13.10.1954 = DVBl. 1955, 197 f.

eigentums an den konkurrierenden Muter nicht gesondert mit der Anfechtungsklage anzugreifen braucht, sondern sich auch hier damit begnügen kann, allein die Verpflichtungsklage zu erheben. Die Verpflichtungsklage ist dann zunächst darauf gerichtet, sowohl die seinen Verleihungsantrag ablehnende als auch die dem Antrag des konkurrierenden Muters stattgebende Entscheidung des Oberbergamtes aufzuheben (Neutralisationsfunktion der Verpflichtungsklage) und dann ihm, dem ersten Muter, das Bergwerkseigentum zu verleihen[1]. Daraus folgt, daß die Verleihung des Bergwerkseigentums an den konkurrierenden Muter solange nicht unanfechtbar ist, als der abgewiesene Muter noch die Verpflichtungsklage erheben kann[2].

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, das der abgewiesene Muter zur Durchsetzung seines Verleihungsanspruchs gegen das Oberbergamt anstrengt, sind die konkurrierenden Dritten, die ein besseres Recht hinsichtlich des begehrten Feldes zu haben behaupten, beizuladen. Es handelt sich um einen Fall der notwendigen Beiladung nach § 65 II VwGO, da die konkurrierenden Dritten an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Das folgt daraus, daß die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit der den Verleihungsantrag des Muters zurückweisenden Ent-

---

1) EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 89; für die Verbindung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in ähnlichen Fällen wohl OVG Mstr., Urt. v. 13.10.1954 = OVGE 8, 493 f. (Milchhandelserlaubnis)und BSG, Urt. v. 3.7.1957 = NJW 1957, 1693 (Zulassung zur Kassenarztpraxis).

2) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 89 a.E.. Demgegenüber erscheint die Auffassung des OVG Mstr. (a.a. O.), daß der abgewiesene Antragsteller auch die Anfechtungsklage erheben müsse, damit nicht die dem Mitbewerber erteilte Erlaubnis unanfechtbar werde und die Verpflichtungsklage des abgewiesenen Antragstellers infolgedessen ins Leere gehe, nicht als überzeugend. Sie widerspricht der materiell-rechtlichen Einheitlichkeit von Erlaubnis und Ablehnung.

scheidung des Oberbergamtes unmittelbar auch in die Rechtssphäre eines konkurrierenden Dritten eingreift[1]. So hat z.B. das Urteil, das der Klage des abgewiesenen Muters stattgibt und das Oberbergamt zur Verleihung des Bergwerkseigentums an den Kläger verpflichtet, zur notwendigen Folge, daß der Verleihungsantrag eines konkurrierenden Muters nunmehr zurückgewiesen oder daß die bereits an den konkurrierenden Muter erfolgte Verleihung wieder aufgehoben werden muß. Gerade in den Fällen, in denen - wie hier - zwischen einem einzelnen und einer Behörde Streit wegen eines Verwaltungsaktes besteht, der gleichzeitig den beteiligten einzelnen begünstigt und einen Dritten beschwert oder umgekehrt, handelt es sich um typische Fälle der notwendigen Beiladung[2].

Der konkurrierende Dritte, der beigeladen wird, hat gemäß § 66 VwGO die prozessuale Stellung eines Hauptbeteiligten (Klägers oder Beklagten)[3], wenn auch mit gewissen Einschränkungen[4]. Als notwendig Beigeladener kann er nach § 66 S. 2 VwGO abweichende Sachanträge stellen. Die in der Sache ergehende Entschei-

---

1) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 65, 66 Anm. II 1 = S. 238, Verwaltungsprozeßrecht, S. 71; KLINGER § 65 Anm. D 1; HAUEISEN, NJW 1965, 2037, 2041; OVG Mstr., Beschl. v. 18.10.1950 = OVGE 4, 10 = MDR 1951, 637; BSG, Urt. v. 29.1.1960 = DVBl. 1960, 399.

2) So ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 10.3.1964 = DVBl. 1964, 870; ebenso HAUEISEN, NJW 1964, 2037, 2041; kritisch FROMM, VerwArch. 56, 26, 47 FN 127.

3) Die VwGO verwendet das Begriffswort "Partei" nicht, sondern nennt nur "Beteiligte" (vgl. § 63 VwGO). Um die besondere Stellung von Kläger und Beklagtem im Prozeß zu kennzeichnen, werden sie im Anschluß an Klinger (§ 63 Anm. B) als "Hauptbeteiligte" bezeichnet (ebenso REDEKER-v. OERTZEN § 63 Rdn. 2; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22.6.1962 = BVerwGE 14, 273, 276 f.).

4) EYERMANN-FRÖHLER § 66 Rdn. 17 ff.; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 65, 66 Anm. III 1 = S. 241.

dung wird nicht nur dem klagenden Muter, sondern auch dem beigeladenen Dritten gegenüber wirksam. Nach § 121 VwGO erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils formell und materiell auch auf den beigeladenen Dritten[1].

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß dem mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesenen Muter dann, wenn dritte Personen ihm die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, zwei Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Außer den gegen die Bergbehörde zu richtenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen kann er vor dem ordentlichen Gericht die Verleihungsklage aus § 23 ABG gegen diejenigen Personen erheben, die ihm die Behauptung eines besseren Rechts hinsichtlich des von ihm begehrten Feldes entgegensetzen. Bevor wir uns der umstrittenen Frage zuwenden, in welchem Verhältnis der Verwaltungsrechtsweg und der Zivilrechtsweg hier zueinander stehen, sollen zunächst die einzelnen Voraussetzungen der Verleihungsklage und das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht erörtert werden.

1. Voraussetzungen der Verleihungsklage

Die Verleihungsklage nach § 23 ABG ist ebenso wie die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage erst zulässig, nachdem die Bergbehörde den Antrag des Muters auf Verleihung des Bergwerkseigentums (Vgl. §§ 12, 22 ABG) ganz oder doch teilweise abge-

---

1) EYERMANN-FRÖHLER § 66 Rdn. 24; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 65, 66 Anm. III 2 = S. 241 f.

lehnt hat[1]. Dabei ist das Klagerecht des Muters aus § 23 ABG auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen dem Muter von einem Dritten "die Behauptung eines besseren Rechts" entgegengesetzt wird, während in allen anderen Fällen die Verleihung des Bergwerkseigentums nur auf dem Verwaltungsrechtsweg durchgesetzt werden kann. Die Behauptung eines solchen besseren Rechts liegt namentlich dann vor, wenn ein besseres Recht gemäß § 15 I Ziff. 2 ABG geltend gemacht wird, d.h., wenn der konkurrierende Dritte sich z.B. auf sein Findervorrecht nach § 24 ABG, auf das größere Alter seiner Mutung (§ 25 ABG), auf sein Mutungsvorrecht als Bergwerkseigentümer (§ 55 ABG) oder auf sein Gewinnungsrecht als Grundeigentümer (vgl. § 1 ABG) beruft[2].

Fraglich ist, ob die Verleihungsklage nur dann zulässig ist, wenn die Bergbehörde die Verleihung des Bergwerkseigentums gerade mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten versagt hat[3], oder ob es für die Zulässigkeit der Klage ausreicht, daß überhaupt eine dritte Person denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nimmt, ohne daß es darauf ankäme, ob die Mutung nun wegen des besseren Rechts des Dritten oder aus anderen gesetzlichen Gründen zurückgewiesen ist, etwa weil der Fundpunktabstand nicht gewahrt ist (§ 27 II ABG) oder weil in dem begehrten Felde eine zur wirtschaftlichen Verwertung führende bergmännische Gewinnung des Minerals nicht als möglich erscheint (§ 15 I Ziff. 1 ABG)[4].

---

1) Vgl. ISAY § 23 Rdn. 2; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1; BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 1.

2) Vgl. EBEL-WELLER § 23 Anm. 1; ISAY § 23 Rdn. 2 = S. 252 und § 15 Rdn. 17.

3) So anscheinend H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264 ff. insbes. II 4 b = S. 267 und II 5 b = S. 268; vgl. auch oben S. 92 FN 2.

4) So die h.M.; vgl. EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 m. w. Nachw.

Schon vor dem Erlaß des ABG wurde für den Geltungsbereich des ALR und der Bergordnungen[1] angenommen, daß bei einem Streit über ein Vorrecht auf Verleihung des Bergwerkseigentums der Rechtsweg, d.h. der Weg zu den Zivilgerichten, eröffnet war. Das preußische Obertribunal hat dazu aus Anlaß einer wegen des Vorzugsrechts eines Dritten zurückgewiesene Mutung ausgeführt, "die Freierklärung des Bergbaus begrenze den Streit unter zwei Mutern über die Frage, wem von ihnen nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften (§ 154 II 16 ALR) der Vorzug gebühre, auf das Gebiet des Privatrechts, welcher daher nur durch gerichtliche Erkenntnis entschieden werden könne"[2]. Grundsätzlich hielt man dabei die Klage vor dem Zivilgericht schon für zulässig, wenn überhaupt ein Dritter vorhanden war, der denselben Mutungsgegenstand beanspruchte. Der Rechtsweg wurde also nicht nur dann als zulässig angesehen, wenn die Mutung gerade wegen des Vorzugsrechts des Dritten zurückgewiesen war, sondern auch in den Fällen, in denen die Belehnung wegen anderer gesetzlicher Gründe versagt worden war. So hat das Obertribunal seine Rechtsauffassung über die Zulässigkeit des Rechtsweges später gerade in einem Fall weiter präzisiert, in dem eine Mutung nicht mit Rücksicht auf die konkurrierende Mutung, sondern mangels Fündigkeit zurückgewiesen war[3]. Allerdings hielt man den Rechts-

---

1) Vgl. oben S. 24 f.

2) ObTrib., Erk. v. 24.9.1843 = ObTribE 9, 414, 418.

3) ObTrib., Erk. v. 23.8.1849 = ObTribE 18, 326, 332. Dort heißt es: "Dadurch, daß der Staat das Regal des Bergbaues zum Gegenstand eines durch die Mutung und Konzession auch von den Staatsbürgern zu erwerbenden und zu nutzenden Bergwerkseigentums gemacht hat, tritt dieses letztere in Beziehung auf seine Gründe und Wirkungen, insbesondere auf die zwischen den einzelnen Prätendenten sich ergebenden Kollisionen und Verhältnisse in diejenige des Privatrechts" und (so ergänzt das ObTrib. im Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 512) "diese Kollisionen sind gleich anderen Gegenständen des Privateigentums durch richterlichen Ausspruch zu entscheiden (Allgem. Gerichtsordnung, Einl. § 1)".

weg trotz des Vorhandenseins eines konkurrierenden Dritten dann für ausgeschlossen, wenn das Gesetz die Entscheidung über eine Frage ausdrücklich in die Hand der Bergbehörde legte, wie z.B. bei der Bestimmung der Bauwürdigkeit (§ 168 II 16 ALR)[1].

Aus dem Wortlaut des § 23 ABG läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber den überkommenen Rechtszustand mit der Regelung des ABG hat aufrechterhalten wollen. Der Wortsinn gibt keinen sicheren Anhalt dafür, daß im Falle eines Streits zwischen dem Muter und einem Dritten über das bessere Recht der Zivilrechtsweg lediglich unter Beachtung bestimmter Ausnahmefälle oder generell nur dann eröffnet sein soll, wenn die Mutung gerade mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten zurückgewiesen ist. Auch die Materialien zum ABG geben keinerlei Hinweise für eine derartige Beschränkung des Klagerechts aus § 23 ABG. Gleichwohl ist nicht nur in der Literatur[2], sondern ursprünglich auch in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten worden, die Verleihungsklage nach § 23 ABG sei nur zulässig, wenn die Mutung gerade wegen des kollidierenden Rechts eines Dritten zurückgewiesen sei[3].

Eine grundlegende Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit der Verleihungsklage findet sich erstmals in der Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 4. Juni 1875[4]. Das Obertribunal hat hier zunächst festgestellt, die Verleihung des Berg-

---

1) Vgl. GRÄFF, Handbuch, S. 61 f.

2) Vgl. H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 267/268.

3) Vgl. dazu das in dem Erk. des ObTrib. v. 4.6.1875 (ZfB 16, 509, 510 f.) erwähnte Urteil des Appellationsgerichts zu Breslau v. 8.9.1874.

4) ZfB 16, 509 ff. und ObTribE 75, 210 ff.

werkseigentums sei ein hoheitsrechtlicher Akt, auf dessen Erlaß ein öffentlich-rechtlicher Anspruch bestehe[1]. Hieraus hat es den Schluß gezogen, daß dem Muter im Falle der Zurückweisung seines Verleihungsantrages der ordentliche Rechtsweg gegen die Entscheidung der Bergbehörde grundsätzlich nicht zustehe[2]. Da nun aber die Bergbehörden bei Beurteilung der Mutungen nicht nur öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, sondern auch Kollisionen mit Rechten Dritter zu verhüten hätten und nach § 31 ABG berufen seien, zunächst über auftretende Einsprüche und Kollisionen mit den Rechten Dritter zu entscheiden, könnten sie auch aus Rücksicht auf vermeintliche bessere Rechte derartiger Konkurrenten eine erbetene Verleihung versagen, und in dieser Beziehung, also insoweit es sich lediglich darum handele, ob das Verleihungsgesuch des einen oder des anderen Bewerbers den Vorzug verdiene, sei schon nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsweg zulässig. Danach sei nur bei Zurückweisung der Mutung aus Rücksicht für die Rechte Dritter der (Zivil-)Rechtsweg eröffnet, während der zurückgewiesene Muter bei Versagung der Verleihung aus publizistischen Gründen auf den Verwaltungsweg beschränkt sei[3]. Das ABG habe jedoch diese Konsequenz nicht gezogen, sondern den Rechtsweg bei einem Auftreten dritter Konkurrenten stets für zulässig erklärt. Nach § 23 ABG komme es nicht darauf an, aus welchem Grunde die Bergbehörden eine Mutung zurückgewiesen hätten, sondern nur darauf, ob eine Privatperson denselben Mutungsgegenstand in Anspruch nehme oder nicht. Fehle es an solchen Personen, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen, so könne der

---

1) ZfB 16, 512, 513.

2) a.a.O. S. 513 f.

3) a.a.O. S. 514.

Anspruch nur im Verwaltungswege verfolgt werden. Beanspruche aber ein anderer, gleichviel, ob gleichzeitig mit dem zurückgewiesenen Muter oder auch erst später, dasselbe Objekt, so sei gegen diesen der Rechtsweg zulässig, und in diesen Prozessen unterlägen die Bescheide der Bergbehörden, obgleich sie hoheitsrechtliche Akte seien, rücksichtlich ihrer Gesetzlichkeit der (zivil-)richterlichen Beurteilung[1].

An dieser vom Obertribunal entwickelten Rechtsauffassung hat die Rechtsprechung ständig festgehalten und dabei immer wieder ausdrücklich auf die eingehende Begründung der Entscheidung des Obertribunals vom 4. Juni 1875 Bezug genommen, ohne daß das Problem neu durchdacht und das Ergebnis neu begründet worden wäre[2]. Auch die Literatur ist der vom Obertribunal vertretenen Ansicht bis in die neueste Zeit praktisch einhellig gefolgt[3].

Rechtsprechung und Literatur heben mit Recht hervor, daß im § 23 ABG die Zulässigkeit der Verleihungsklage nicht von den Gründen abhängig gemacht ist, mit denen die Bergbehörde die beantragte Verleihung ver-

---

1) a.a.O. S. 514, 515.

2) Vgl. RG, Urt. v. 13.4.1901 = RGZ 49, 214, 217 f. = ZfB 42, 347 (Auszug); RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537 ff.; Bergausschuß Halle, Urt. v. 21. 12.1910 = ZfB 53, 138, 140; PrOVG, Urt. v. 21.10. 1912 = ZfB 54, 278 ff.

3) Vgl. v. RÖNNE §§ 22, 23 Anm. 1 mit Hinweis auf WÄCHLER (ZfB 10, 1, 7/8) und OPPENHOFF (ZfB 10, 287 f.), die schon vor dem Urteil des ObTrib. v. 4.6.1875 die gleiche Ansicht vertreten hatten; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2 = S. 78; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 22, 23 Anm. 3; BRASSERT-GOTTSCHALK S. 99; MÜLLER-ERZBACH S. 162; ISAY § 23 Rdn. 2 = S. 252; VOELKEL, Grundzüge, S. 89; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 und wohl auch MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2; abweichend anscheinend H.W. SCHULTE, Glückauf 1953, 264, 267 (II 4 b) und 268 (II 5 b).

sagt hat, sondern allein von dem Umstand, daß eine Kollision mit Rechten Dritter besteht. Kritisch ließe sich der herrschenden Auffassung gegenüber jedoch wie folgt argumentieren: Voraussetzung der Verleihungsklage aus § 23 ABG sei, daß dritte Personen "dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzen". Beanspruche nun ein Dritter dasselbe Bergwerksfeld wie der Muter, so behaupte er nicht schon dann ein eigenes "besseres Recht", wenn er die Gültigkeit des Verleihungsantrages des Muters damit bestreite, daß etwa der gesetzlich vorgeschriebene Fundpunktabstand nicht gewahrt (§ 27 II ABG) oder eine zur wirtschaftlichen Verwertung führende bergmännische Gewinnung des Minerals durch den Muter nicht möglich sei (§ 15 II Ziff. 1 ABG). Voraussetzung für den Streit um ein "besseres Recht" sei vielmehr, daß zwei den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutungen vorlägen, deren Gültigkeit allein von ihrer gesetzlichen Rangfolge abhinge (vgl. § 15 I Ziff. 2 ABG i. Vbdg. m.: § 25 = ältere Mutung, § 24 = Findervorrecht, § 25 = Mutungsvorrecht des Bergwerkseigentümers). Konkurrierende Muter würden also nur dann ein "besseres Recht" behaupten, wenn sie sich ausdrücklich auf das größere Alter ihrer Mutung, ihr Vorrecht als Finder usw. beriefen. Rechtsprechung und Literatur hätten demgegenüber die Vorschrift des § 23 ABG nur deshalb weiter ausgelegt, weil vor Einführung des umfassenden Verwaltungsgerichtsschutzes nach 1945 der Hoheitsakt der Verleihung gegenüber der Bergbehörde grundsätzlich nicht in einem gerichtlichen Verfahren, sondern allein auf dem Verwaltungswege durch den Rekurs zum Handelsminister erzwungen werden konnte[1)], während jedoch dann, wenn ein anderer dasselbe Objekt beanspruchte, eine Person gegeben war, gegen die der Muter nach § 23 ABG auf dem Zivilrechtsweg vorgehen konnte, wobei "in

1) Vgl. MÜLLER-ERZBACH S. 162; BRASSERT-GOTTSCHALK S. 99.

diesen Prozessen die Bescheide der Bergbehörden, wiewohl dieselben hoheitsrechtlicher Art sind, rücksichtlich ihrer Gesetzlichkeit der richterlichen Beurteilung unterlagen"[1]. Seit der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel bestehe jedoch nicht mehr das Bedürfnis, durch eine weite Auslegung des § 23 ABG in möglichst zahlreichen Fällen den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen, um so mittelbar die Gesetzmäßigkeit der Staatshoheitsakte durch den Richter überprüfen lassen zu können. Die von der Rechtsprechung und Literatur vertretene weite Auslegung widerspreche also nicht nur dem Wortsinn des § 23 ABG, sie erscheine vielmehr auch deshalb als nicht mehr vertretbar, weil heute schon auf Grund der Verwaltungsgerichtsordnung ein umfassender Rechtsschutz gegenüber den im Verleihungsverfahren des ABG ergehenden hoheitlichen Akten der Bergbehörde bestehe.

Bei einer derartigen Argumentation würde aber verkannt, daß der konkurrierende Dritte nicht nur in den Fällen, in denen er bei Vorliegen zweier den gesetzlichen Erfordernissen genügender Mutungen ein gesetzliches Vorrecht auf Verleihung des Bergwerkseigentums[2] geltend macht, sondern auch dann ein "besseres Recht" behauptet, wenn er die Gültigkeit einer älteren Mutung unter Berufung auf einen zu geringen Fundpunktabstand, fehlende Bauwürdigkeit oder ungeeignete Feldesstreckung[3] angreift. Denn alle diese Angriffe dienen dazu, mit der Ungültigkeit der konkurrierenden Mutung mittelbar die Gültigkeit der eigenen jüngeren Mutung darzutun, die

---

1) ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 515 = ObTribE 75, 210, 219.

2) Vgl. §§ 25, 24, 55 ABG.

3) Vgl. §§ 15 I Ziff. 1, 27 II u. IV ABG.

nach § 25 ABG an sich der älteren Mutung nachginge und infolgedessen ungültig wäre (vgl. § 15 I Ziff. 2 ABG). Damit wird inzident behauptet, ein besseres Recht auf Verleihung des Bergwerkseigentums zu haben[1]. Erweist sich nämlich die ältere Mutung als ungültig, weil sie den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht, so kann der ihr anhaftende Mangel grundsätzlich auch nicht nachträglich geheilt, d.h. mit der Wirkung beseitigt werden, daß es so angesehen wird, als habe der Mangel nie bestanden. Wenn der Mangel beseitigt ist, bleibt vielmehr nichts übrig, als neu zu muten[2]. Das hat aber zur Folge, daß nunmehr die ursprünglich jüngere Mutung älter ist und nach § 25 ABG vorgeht.

Selbst dann, wenn man wegen der unbefriedigenden Doppelgleisigkeit der Rechtsbehelfe die Zuständigkeit der Zivilgerichte nur in solchen Fällen bejahen will, in denen die Vorschriften des ABG unbedingt dazu nötigen, dürfte es demnach nicht vertretbar sein, die Zuständigkeit der Verleihungsklage aus § 23 ABG davon abhängig zu machen, daß die Mutung gerade mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten zurückgewiesen ist oder daß doch der Dritte sich ausdrücklich auf ein Vorrecht aus §§ 25, 24, 55 ABG beruft.

Wenn § 23 ABG als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verleihungsklage anführt, daß ein Dritter dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts "entgegensetzt", so braucht diese Entgegenstellung jedoch nicht im Verleihungsverfahren über die Mutung des Klägers, also durch Einspruch (vgl. §§ 28, 31 ABG) erfolgt zu sein. Es genügt vielmehr, wenn der Dritte

---

1) Vgl. auch oben S. 13.

2) Vgl. ISAY § 15 Rdn. 35; RB v. 31.10.1868 = ZfB 10, 256; ObTrib., Erk. v. 29.6.1870 = ZfB 11, 334, 342; RG, Urt. v. 27.11.1895 = RGZ 36, 255 = ZfB 37, 230; RB v. 4.3.1904 = ZfB 45, 235.

bezüglich desselben Minerals und desselben Feldes den Anspruch auf Verleihung durch eine eigene Mutung erhoben hat oder wenn die Bergbehörde selbst ihn dem Muter entgegenhält[1].

Als Ergebnis können wir demnach festhalten, daß es für die Zulässigkeit der Verleihungsklage nicht erforderlich ist, daß die Verleihung gerade mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten zurückgewiesen wird oder daß das bessere Recht von dem Dritten durch Einspruch im Verleihungsverfahren geltend gemacht worden ist[2].

2. Klageart

Bei der Frage nach der rechtlichen Natur der Verleihungsklage ist einerseits festzuhalten, daß das auf die Verleihungsklage hin ergehende Urteil des ordentlichen Gerichts die Bergbehörde materiell bindet. Aus § 35 IV ABG ergibt sich nämlich die Verpflichtung des Oberbergamtes, den Inhalt des richterlichen Urteils der Entscheidung über die Verleihung des Bergwerkseigentums zugrunde zu legen. Auf Vorlage des rechtskräftigen obsiegenden Urteils hat das Oberbergamt ohne eigene Nachprüfung die Verleihung vorzunehmen, d.h. die Verleihungsurkunde auszufertigen und die etwa entgegenstehende früher an den Beklagten erfolgte ältere Verleihung aufzuheben[3]. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß die Bergbehörde nicht Partei des Prozesses ist.

---

1) Vgl. ISAY § 23 Rdn. 2 = S. 252; Bergausschuß Halle, Urt. v. 21.12.1910 = ZfB 53, 138, 140.

2) Vgl. statt aller EBEL-WELLER § 23 Anm. 1.

3) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 22, 23 Anm. 4 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 10; VOELKEL, Grundzüge, S. 90; ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RB v. 15.11.1877 = ZfB 19, 130, 131.

Daraus ergibt sich, daß die Verleihungsklage aus § 23 ABG nicht als Leistungsklage, sondern nur als Feststellungsklage erhoben werden kann. Sie darf also nicht auf Aufhebung der den Verleihungsantrag zurückweisenden Entscheidung des Oberbergamtes, sondern nur auf Feststellung des besseren Rechts des Klägers gerichtet werden[1].

3. Gerichtsstand

Die Frage, in welchem Gerichtsstand die Klage des Muters aus § 23 ABG zu erheben ist, hängt von der rechtlichen Natur des durch die Mutung begründeten privaten Rechts ab. Wie wir im Rahmen des Überblicks über die historische Entwicklung der Rechtsbehelfe im Verleihungsverfahren des ABG gesehen haben[2], hat gerade die Frage nach dem Gerichtsstand für die Klagen aus §§ 23, 31, 35 ABG Anlaß gegeben, die Rechtsnatur des aus der Mutung folgenden Rechts eingehend zu erörtern[3]. Im Anschluß an die bereits vor dem Inkrafttreten des ABG für sämtliche drei Rechtsgebiete Preußens herrschende Auffassung ist dabei überwiegend angenommen worden, daß die Mutung ein dingliches Recht begründe, und infolgedessen hat man für die Verleihungsklage aus § 23 ABG ebenso wie für die Klagen aus §§ 31, 35 ABG den (ausschließlichen) dinglichen Gerichtsstand als gegeben angesehen. Die einen führ-

---

1) WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 22, 23 Anm. 4 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 6; VOELKEL, Grundzüge, S. 90; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 84; App.-Gericht Naumburg, Erk. v. 15.11.1869 = ZfB 11, 334, 342; ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257, 258 = ZfB 41, 223, 224; RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537, 538; vgl. auch oben S. 38 f.

2) Vgl. insbes. die Darstellung der ursprünglichen Ausgestaltung des Rechtsschutzes und dort die Behandlung des sogen. mittelbaren Rechtsschutzes oben S. 37 ff.

3) Vgl. oben S. 39 - 44.

ten die Dinglichkeit des Rechts aus der Mutung dabei auf eine Belastung der von dem begehrten Felde überdeckten Grundstücke zurück, während andere die entdeckte Lagerstätte, das gemutete Mineral unmittelbar als Gegenstand des durch die Mutung begründeten Rechts ansahen[1]. Auch die Rechtsprechung und die Verwaltungspraxis sind von der dinglichen Natur des Rechts aus der Mutung ausgegangen und haben dementsprechend stets daran festgehalten, daß für die Klage aus § 23 ABG der dingliche Gerichtsstand gegeben sei[2]. Obwohl die Auffassung von der dinglichen Natur des Rechts aus der Mutung schon in der älteren Literatur Widerspruch gefunden hat und infolgedessen auch angezweifelt worden ist, daß der ausschließliche dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO für die Verleihungsklage gegeben sei[3], ist auch im neueren Schrifttum der dingliche Gerichtsstand wiederum in unmittelbarer Anwendung von § 24 ZPO bejaht worden[4]. Wenn diesem Ergebnis aus Gründen der Zweckmäßigkeit auch beizupflichten sein mag, so hält doch die von der herrschenden Ansicht gegebene Begründung einer kritischen Betrachtung nicht stand.

Das durch eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung begründete private Anwartschaftsrecht ist ebensowenig ein dingliches Recht wie das Bergwerkseigentum, auf das es gerichtet ist und dessen Vorstufe es darstellt. Zwar ist in der Vergangenheit der Versuch unternommen worden, das Berg-

---

1) Vgl. oben S. 40 f.

2) RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225 = ZfB 29, 401; Schreiben d. Finanzmin. v. 12.1.1905 = ZfB 46, 403; RG, Urt. v. 8.2.1910 = RGZ 73, 121, 124 = ZfB 52, 122, 125.

3) Vgl. dazu oben S. 43 f.

4) Vgl. BOLDT § 23 Anm. 2; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 84; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.

werkseigentum als Sacheigentum im Sinne des bürgerlichen Rechts aufzufassen[1]. Als Eigentumsgegenstand hat man dabei das Grubenfeld, die Lagerstätte[2] oder das Mineral selbst[3] angesehen. Andere betrachteten das Bergwerkseigentum wiederum als Beschränkung des Grundeigentums, also als dingliches Recht an einer fremden Sache[4]. Daneben wurde auch die Auffassung vertreten, das Bergwerkseigentum sei ein lediglich eigentumsähnliches, dem Bergrecht eigentümliches Recht an einer fremden Sache, sei es nun am Grundstück oder am bergrechtlichen Grubenfeld in seiner spezifisch bergrechtlichen Eigenart ohne Bezug zum Grundeigentum[5]. Schließlich faßte man das Bergwerkseigentum als spezifisch liegenschaftliches Nutzungsrecht auf, das neben dem Grund und Boden bestehe[6]. Nach heute herrschender Lehre ist das Bergwerkseigentum jedoch weder Sacheigentum noch ein Recht an einem fremden Grundstück oder an dem Grubenfeld, sondern ein Komplex von Rechten, die dem gemeinsamen Zweck der bergmännischen Produktion dienen, mit dem Kern der ausschließlichen Befugnis zur Aneignung der in einem bestimmten Felde befindlichen Mineralien (§ 54 ABG)[7]. Als Aneignungsrecht ist das Bergwerkseigentum zwar absolut, da der Bergwerkseigentümer das Recht hat, alle Dritten von dem Berg-

---

1) Vgl. zum folgenden insbes. den eingehenden Überblick bei VOGELSANG, Bergwerkseigentum, S. 43 ff. und ZfB 105, 445 f.

2) KLOSTERMANN in den ersten Auflagen seines Kommentars; vgl. KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 50 Anm. I = S. 123.

3) STROHN, StriethArch. Bd. 23, S. 351, 361 und ZfB 7, 43, 46.

4) MÜLLER-ERZBACH S. 120.

5) ACHENBACH, Deutsches Bergrecht, S. 255, 262 f.; HAAPE S. 45 ff.

6) HÜBNER, DPR, S. 324; WOLFF-RAISER § 97 I.

7) BGH, Urt. v. 13.5.1955 = BGHZ 17, 224, 228 und die weiteren Nachweise oben S. 4 FN 2.

werk auszuschließen, nicht aber dinglich, da ein genügend bestimmt bezeichneter Teil des Bodens als Gegenstand absoluter, umfassender Zuordnung kaum feststellbar ist[1].

Wenn das private Anwartschaftsrecht aus der Mutung als Vorstufe des Bergwerkseigentums auch noch weniger als das Bergwerkseigentum selbst als dingliches Recht angesehen werden kann[2], so wäre es doch voreilig anzunehmen, daß damit für die Verleihungsklage aus § 23 ABG nicht der dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO, sondern der persönliche Gerichtsstand maßgebend ist[3]. Eine derartige Folgerung würde unberücksichtigt lassen, daß das Bergwerkseigentum und damit auch das auf das Bergwerkseigentum gerichtete Anwartschaftsrecht aus der Mutung den dinglichen Rechten nahestehen[4]. So ordnet das Bergwerkseigentum dem Berechtigten zwar keinen genügend bestimmten Teil des Bodens (Lagerstätte, Mineral) mit der Folge absoluter Beherrschungsbefugnis unmittelbar zu, gibt ihm aber mit dem Aufsuchungs- und Gewinnungsrecht doch das absolut wirkende Recht, alle Dritten von dem Bergwerk auszuschließen[5]. Wie das Grundeigentum ist auch das Bergwerkseigentum ortsbezogen; es gewährt das Abbaurecht in dem durch den Situationsriß begrenzten Bergwerksfeld und gibt damit auch ein Recht zur Einwirkung auf die Bodenstruktur und Erdoberfläche. Schließlich wird das Bergwerkseigentum durch § 50 ABG

---

1) WESTERMANN, Sachenrecht, § 58 III 2 und ZfB 106, 122, 130 insbes. FN 29.

2) Vgl. oben S.117.

3) So aber KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2 = S. 78; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 b und § 12 Anm. 1 (zweifelnd); BRASSERT-GOTTSCHALK § 23 Anm. 5 und Vorbem. 3 vor § 12 = S. 60 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 163.

4) Vgl. WESTERMANN, Sachenrecht, § 58 III 2.

5) Vgl. § 54 ABG, wonach dem Bergwerkseigentümer die "ausschließliche" Aufsuchungs- und Gewinnungsbefugnis zugesprochen ist.

weitgehend dem Grundeigentum gleichgestellt, da nach dieser Vorschrift die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches grundsätzlich auch für das Bergwerkseigentum gelten[1]. Wie das Bergwerkseigentum gibt aber auch das durch die Mutung begründete Anwartschaftsrecht bereits ein ortsbezogenes und absolutes, gegenüber jedem Dritten wirkendes Ausschließungsrecht[2]. Denn die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung bewirkt, daß das begehrte Feld aus dem Bergfreien ausscheidet und späteren Mutungen gegenüber geschlossen wird[3]. Legt die nahe Verwandtschaft des durch die Mutung begründeten Anwartschaftsrechts mit einem dinglichen Recht[4] an einer unbeweglichen Sache eine entsprechende Anwendung des § 24 ZPO für die Verleihungsklage schon nahe, so sprechen zudem auch praktische Erwägungen auch dafür, den dinglichen Gerichtsstand als gegeben anzusehen. Mit Recht weist Isay darauf hin, daß es widersinnig sei, wollte man für die Klagen aus §§ 23, 31 ABG einen verschiedenen Gerichtsstand

---

1) Für Klagen aus dem Bergwerkseigentum ist daher bereits über § 50 II ABG der dingliche Gerichtsstand nach § 24 ZPO gegeben. Vgl. WIECZOREK, Zivilprozeßordnung, § 24 Rdn. B I b 5.

2) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 12 Anm. 3 = S. 50, 23 Anm. 2 = S. 78; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 12 Anm. 1; BRASSERT-GOTTSCHALK Anm. 3 vor § 12 = S. 60; MÜLLER-ERZBACH S. 151; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 12 Anm. 1; VOELKEL, Grundzüge, S. 72; MIESBACH-ENGELHARDT § 12 Rdn. 1 c.

3) Vgl. RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225, 228 f. = ZfB 29, 401, 404 f.
Zutreffend führt das RG hier aus, daß dem Mutungsrecht nicht etwa gleich dem durch die Verleihung begründeten Bergwerkseigentum die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt werden könne, da die gesetzliche Fiktion der Immobiliarqualität des Bergwerkseigentums nicht über die durch das Gesetz in § 50 II ABG bestimmte Grenze ausgedehnt werden könne (a.a.O. S. 229 f. bzw. S. 405 f.).

4) Vgl. dazu auch die Auffassung des RG (RGZ 21, 231), wonach die durch die Mutung begründete Ausschließungsbefugnis das Recht aus der Mutung bereits als dinglich erscheinen läßt.

annehmen, je nachdem der Einsprechende, der sein älteres Bergwerkseigentum geltend gemacht hat, im Verleihungsverfahren unterlegen ist oder gesiegt hat; ist er nämlich unterlegen, so ist für die Klage aus § 31 II ABG, durch welche er sein Bergwerkseigentum geltend macht, über § 50 II ABG zweifellos der dingliche Gerichtsstand ger. § 24 ZPO maßgebend; hat er jedoch gesiegt, so soll dies für die entsprechende Klage des Muters aus § 23 ABG nicht der Fall sein[1]. Nach alledem erscheint es als gerechtfertigt, für die Verleihungsklage aus § 23 ABG den dinglichen Gerichtsstand anzunehmen[2].

4. Klagefrist

Der Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums unterliegt der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren[3]. Danach könnte der mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesene Muter noch innerhalb

---

1) ISAY § 23 ABG Rdn. 7. Durchaus zutreffend meint Isay hier weiter, es widerspreche dem praktischen Bedürfnis, etwa ein süddeutsches Gericht über ein im Rheinland gelegenes Bergwerk entscheiden zu lassen. Notwendig ist vielmehr die Entscheidung durch einen ortskundigen und in der Nähe befindlichen Richter (vgl. OVG Mstr., Urt. v. 26.6.1952 = DÖV 1953, 91).

2) Auch das neuere Schrifttum geht - wenn auch ohne Begründung - einhellig davon aus, daß die Verleihungsklage vor dem Gericht der belegenen Sache zu erheben ist, obwohl auf der anderen Seite betont wird, daß das Recht aus der Mutung zwar absolut nicht aber dinglich sei. Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2 und § 12 ABG Rdn. 1 c; EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 84 und § 50 Anm. 2 a; ebenso in der älteren Literatur bereits ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 23 Anm. 4 und § 12 Anm. 1.

3) Vgl. EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 83; ISAY § 23 Rdn. 8; RG, Urt. v. 7. März/13. April 1901 = RGZ 49, 214, 217 = ZfB 42, 347, 350.

einer Frist von 30 Jahren die Verleihungsklage erheben, vorausgesetzt, daß nicht das Feld inzwischen anderweitig endgültig verliehen ist und der Muter infolge des Ablaufs der in § 35 ABG gesetzten Frist sein etwaiges Vorzugsrecht verloren hat[1]. Es fragt sich aber, ob nicht auch für die Verleihungsklage aus § 23 ABG die Ausschlußfrist des § 31 II ABG gilt. Dort wird bestimmt, daß Einsprüche und Ansprüche, welche durch den Beschluß des Oberbergamtes (vgl. § 31 I ABG) abgewiesen werden, binnen drei Monaten ab Zustellung des Beschlusses durch gerichtliche Klage verfolgt werden müssen, sofern der ordentliche Rechtsweg für ihre Durchsetzung eröffnet ist. Wer von dieser Frist keinen Gebrauch macht, verliert seine Rechte (vgl. § 31 III ABG).

Das Reichsgericht und - ihm folgend - der überwiegende Teil des Schrifttums haben angenommen, daß § 31 II und III ABG auch die Verleihungsklage des abgewiesenen Muters im Auge haben. Jedoch wird die Ausschlußfrist des § 31 II ABG nach dieser Auffassung nur dann in Lauf gesetzt, wenn die Mutung gerade wegen des kollidierenden besseren Rechts eines Dritten zurückgewiesen ist. Wenn die Verleihung dagegen aus "anderen gesetzlichen Gründen" wie z.B. mangels Fündigwerden (vgl. § 15 I Ziff. 1 ABG) oder wegen eines zu geringen Fundpunktabstandes (vgl. § 27 II ABG) versagt ist, soll der Muter seinen vermeintlichen Verleihungsanspruch ohne Rücksicht auf die Frist des § 31 II ABG auch noch später gegen einen Dritten geltend machen können[2]. Dagegen nimmt R. Isay

---

1) Vgl. RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257, 259 = ZfB 41, 223, 225; RG, Urt. v. 7. März/13. April 1901 = RGZ 49, 214, 217 = ZfB 42, 347, 350.

2) RG, Urt. v. 7. März/13. April 1901 = RGZ 49, 214 = ZfB 42, 347 unter Berufung auf KLOSTERMANN, Lb., S. 110. Ebenso KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 9 = S. 95 f.; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 4 c = S. 93; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 3; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 3 b 2.

an, daß die Ausschlußfrist des § 31 II ABG nur für die Einspruchsklage, nicht aber für die Verleihungsklage des § 23 ABG gelte. Das folge einmal aus dem Wortlaut des § 31 II ABG, der zwanglos nur so aufgefaßt werden könne, daß die gegen die Mutung erhobenen "Einsprüche und Ansprüche" gemeint sind. Zum anderen ergebe sich dieses Ergebnis aus dem Zweck des § 31 II ABG, das verliehene Bergwerkseigentum möglichst bald unantastbar zu machen[1].

Das Reichsgericht hat seine Ansicht, daß die Ausschlußfrist des § 31 II ABG auch bei der Verleihungsklage beachtet werden müsse, wenn die Mutung wegen des besseren Rechts eines Dritten zurückgewiesen sei, in dem zu dieser Frage grundlegenden Urteil vom 7. März/13. April 1901[2] in erster Linie aus dem Wortlaut der §§ 30, 31 ABG abgeleitet und dabei stark begrifflich argumentiert. Ausgangspunkt der Begründung des Reichsgerichts ist § 30 ABG, wonach das Oberbergamt ohne weiteres die Verleihungsurkunde auszufertigen hat, wenn Einsprüche und Kollisionen mit den Rechten Dritter nicht vorliegen und sich auch sonst gegen die Anträge des Muters gesetzlich nichts zu erinnern findet[3]. Dann gibt das Reichsgericht den Inhalt des § 31 I ABG wieder, der vorschreibt, daß das Oberbergamt über die Erteilung oder Versagung der Verleihung durch einen Beschluß

---

1) ISAY § 23 Rdn. 8 und § 31 Rdn. 10. Anders jedoch noch H. und R. ISAY in der 1. Aufl., wo angenommen wird, daß auch für die Verleihungsklage die Ausschlußfrist des § 31 II ABG zu beachten sei, wenn zu der Zeit, als die Verleihung durch die Bergbehörde versagt wurde, ein Einspruch oder Gegenanspruch vorlag, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob nun die Verleihung gerade wegen des Einspruchs oder wegen anderer gesetzlicher Gründe versagt wurde. Vgl. ISAY, 1. Bd., 1. Aufl., § 23 Rdn. 8 und § 31 Rdn. 10.

2) RGZ 49, 214 = ZfB 42, 347.

3) Vgl. RGZ 49, 215 f. = ZfB 42, 349.

entscheidet, wenn Einsprüche oder Widersprüche mit Rechten Dritter vorliegen oder aus anderen gesetzlichen Gründen den Anträgen des Muters nicht entsprochen werden kann. Aus dem Wortlaut des § 31 II und III ABG, wo bestimmt ist, daß Einsprüche und Ansprüche, die durch den Beschluß des Oberbergamtes abgewiesen werden, innerhalb von drei Monaten gerichtlich geltend gemacht werden müssen, sofern sie vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden können, und daß derjenige, der von dieser Frist keinen Gebrauch macht, seines etwaigen Rechtes verlustig geht, folgert das Reichsgericht schließlich, daß die Fristbestimmung und die Präklusion sich ausschließlich auf die erste in § 31 I ABG genannte Fallgruppe bezögen, nämlich auf die Fälle, in denen Einsprüche und Ansprüche Dritter vorliegen, die eine Entscheidung darüber verlangen, welcher der kollidierenden Mutungen das bessere Recht gebühre und demnach die Verleihung zu erteilen sei[1]. Bei der zweiten in § 31 I ABG aufgeführten Fallgruppe, nämlich in den Fällen, in denen Einsprüche und Ansprüche Dritter nicht vorliegen und die Entscheidung über die eingelegte Mutung lediglich aus "anderen gesetzlichen Gründen" erfolgt, fehle es dagegen zunächst überhaupt an einer Person, die dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetze, gegen die der Muter also die Klage aus § 23 ABG richten könne. Da in § 23 ABG - so fährt das Reichsgericht fort - der Rechtsweg gegen denjenigen, welcher gegenüber dem Muter ein besseres Recht behauptet, ohne Fristbestimmung eröffnet sei, könne der von der Bergbehörde zurückgewiesene Muter in diesem Fall jedoch während der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährungsfrist mit seinen Ansprüchen wieder auftreten und sie mit der Verleihungsklage gegen denjenigen verfolgen, der später dasselbe Feld begehre. Auf diese Fälle beziehe sich die Vor-

1) Vgl. RGZ 49, 216 = ZfB 42, 349 f.

schrift des § 31 II ABG nicht. Zu beachten sei allerdings, daß das Feld nicht inzwischen anderweitig verliehen und der Muter infolge des Ablaufs der Frist für die Widerspruchsklage nach § 35 ABG sein etwaiges Vorzugsrecht verloren habe[1].

Bis zu diesem Punkt kann der Argumentation des Reichsgerichts, die sich insoweit auch auf Klostermann[2] und die Rechtsprechung des Obertribunals[3] stützen kann[4], beigepflichtet werden. Den weiteren Ausführungen des Reichsgerichts, in denen nach den allgemeinen Darlegungen zu §§ 30, 31 ABG dann die Schlußfolgerungen für den zu entscheidenden Fall gezogen werden, kann jedoch nicht mehr gefolgt werden. Nach dem Sachverhalt, der dem Urteil des Reichsgerichts zugrunde lag, hatten zwei Muter dasselbe Feld begehrt. Das Oberbergamt hatte den Verleihungsantrag des Klägers jedoch nicht wegen des angeblichen Vorzugsrechtes des konkurrierenden Muters, sondern allein aus anderen gesetzlichen Gründen, nämlich wegen des verspäteten Eingangs des Situationsrisses (vgl. § 18 I und II ABG) zurückgewiesen. Aus diesem Umstand hat das Reichsgericht ohne weiteres gefolgert, daß es sich hier um einen Fall der zuvor beschriebenen zweiten Fallgruppe des § 31 I ABG handele, und ist damit zu dem Ergebnis gelangt, daß die Ausschlußfrist des § 31 II ABG nicht gelte. Dieser Schluß ist jedoch nicht folgerichtig, da das Reichsgericht zuvor nur solche Fälle als der zweiten Fallgruppe des § 31 I ABG zugehörend beschrieben hat, in denen An- und Einsprüche Dritter nicht vorliegen und die Zurückweisung der Mutung lediglich aus "anderen gesetzlichen Gründen" erfolgt ist, so daß es

---

1) Vgl. RGZ 49, 216 f. = ZfB 42, 350.
2) Lehrbuch S. 110.
3) ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 516 ff.
4) Vgl. RGZ 49, 217 f. = ZfB 42, 350 f.

zunächst (d.h. bis später ein anderer Muter dasselbe Feld begehrt) überhaupt an einer Person fehlt, gegen die die gerichtliche Klage erhoben werden könnte. In dem der Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde liegenden Fall lag aber zur Zeit der Zurückweisung der Mutung bereits ein konkurrierender Verleihungsantrag vor, der nur wenige Tage nach der ersten Mutung eingelegt worden war, und es gab infolgedessen von Anfang an eine Person, gegen die der abgewiesene Muter die Verleihungsklage richten konnte. Das Reichsgericht hätte also das im konkreten Fall gefundene Ergebnis, wonach die Ausschlußfrist des § 31 II ABG auch dann nicht gelten soll, wenn zwar konkurrierende Mutungen vorliegen, die eine Mutung jedoch nicht wegen des angeblichen besseren Rechts des konkurrierenden Muters, sondern lediglich aus "anderen gesetzlichen Gründen" abgewiesen wird, mit weiteren Argumenten stützen müssen[1]. Es ist insoweit der Kritik von R. Isay beizupflichten, der dem Reichsgericht das Fehlen einer näheren Begründung für seine Ansicht vorwirft[2].

Schon die Argumentation des Reichsgerichts macht deutlich, daß sich aus dem Wortlaut des § 31 II ABG allein kein sicherer, allen Fällen gerecht werdender Anhaltspunkt dafür gewinnen läßt, ob die Aus-

---

1) Die Notwendigkeit einer eingehenden Begründung ergibt sich im übrigen schon deshalb, weil es immerhin naheliegend ist, im Gegensatz zur Auffassung des RG anzunehmen, daß die Ausschlußfrist des § 31 II ABG immer beachtet werden muß, wenn ein Einspruch oder Gegenanspruch eines Dritten vorliegt, gleichgültig, ob nun die Verleihung gerade mit Rücksicht auf den Einspruch versagt ist oder nicht. Diese Meinung ist z.B. von H. u. R. ISAY noch in der ersten Auflage ihres Kommentars vertreten worden (vgl. § 23 Rdn. 8 und § 31 Rdn. 10; siehe auch oben S. 163 FN 1.

2) Vgl. ISAY § 31 Rdn. 10.

schlußfrist von drei Monaten nur für die Einspruchsklage oder aber auch für die Verleihungsklage aus § 23 ABG gilt. Wenn R. Isay meint, bei zwangloser Auffassung des Wortlauts von § 31 II ABG könnten nur die gegen die Mutung erhobenen "Einsprüche und Ansprüche" gemeint sein[1], so ist dem entgegenzuhalten, daß die Formulierung "Einsprüche und Ansprüche" dem Wortsinn nach auch so verstanden werden kann, daß die Ansprüche des mit seinem Verleihungsantrag abgewiesenen Muters ebenso wie die zurückgewiesenen Einsprüche Dritter innerhalb der Ausschlußfrist klageweise geltend zu machen sind. Sieht man allerdings den Wortlaut des § 31 II ABG im Zusammenhang mit den vorangegangenen Vorschriften, so spricht doch mehr für die von R. Isay vertretene Ansicht. Denn die Regelung der §§ 28, 29, 30, 31 I ABG betrifft stets die Einsprüche und Widersprüche Dritter. Überdies findet sich in § 28 ABG in diesem Zusammenhang die Formulierung "Einsprüche und widersprechende Ansprüche Dritter", so daß man meinen kann, auch in § 31 II ABG seien lediglich Einsprüche und "widersprechende" Ansprüche "Dritter" gemeint, die sich gegen die Mutung richten. Dementsprechend heißt es auch in den Motiven des Regierungsentwurfs an einer Stelle, daß nach § 31 "alle im Instruktionsverfahren zur Sprache gebrachten Ansprüche und Einsprüche Dritter binnen einer bestimmten Frist zur Erledigung gelangen"[2]. Danach würde die Ausschlußfrist des § 31 II ABG nur für die Einspruchsklage gelten[3]. Da bei sinnvoller Auslegung ein Gesetz so aufzufassen ist, wie es im Hinblick auf den mit ihm verfolgten Zweck verstanden werden muß[4], bleibt zu prüfen, ob diese

---

1) ISAY § 31 Rdn. 10.

2) Motive zu §§ 35, 36 = ZfB 6, 117 und bei HAHN S. 112 f.

3) So R. ISAY § 31 Rdn. 10.

4) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 250.

Interpretation des Wortsinnes dem Zweck des § 31 II ABG entspricht.

Zweck der dreimonatigen Ausschlußfrist ist es, dem dringenden Interesse des Bergbaus an einer baldigen Erledigung der Mutungssachen gerecht zu werden. Die Mutungssachen sollen nicht - wie es bis zum Erlaß des ABG häufig der Fall war - jahrelang in der Schwebe gehalten werden[1]. Es soll vielmehr möglichst bald unanfechtbares Bergwerkseigentum als zuverlässige Grundlage für die Einrichtung eines Bergbaubetriebes und die damit verbundenen Kapitalaufwendungen geschaffen werden[2]. Aus dieser Zweckbestimmung des § 31 II ABG ergibt sich, daß die Präklusivfrist von drei Monaten für die Verleihungsklage nur dann maßgebend sein kann, wenn mit der Verleihungsklage gleichzeitig ein anderes verliehenes Bergwerkseigentum angegriffen wird, d.h. wenn sie mit der Einspruchsklage verbunden ist[3]. Hat das Oberbergamt also den Ver-

---

1) Vor dem Inkrafttreten des ABG erfolgte die Beleihung des Bergwerkseigentums nur unter dem Vorbehalt der Rechte Dritter und es stand daher den Bergwerksbesitzern und älteren Mutern das Recht zu, jederzeit innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren Klage gegen den jüngeren Muter und Bergwerksbesitzer zu erheben. Vgl. Motive zu §§ 35, 36 = ZfB 6, 116 ff. und bei HAHN S. 112 ff.; Bericht der XIX. Kommission des Hauses der Abgeordneten über den Entwurf eines allgemeinen Berggesetzes, abgedruckt bei: KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 31 Anm. 9 = S. 95.
Gesetzliche Grundlage für dieses Verfahren war die mit den deutschrechtlichen Vorschriften übereinstimmende Vorschrift des § 352 II 16 ALR, die lautete: "Alle Bergwerksbelehnungen geschehen älteren Rechten unbeschadet, und die jüngeren müssen den älteren weichen."

2) Vgl. Motive, ZfB 6, 115, 116 und bei HAHN S. 109; siehe auch ISAY § 31 Rdn. 10.

3) Vgl. dazu R. Isay (ISAY § 31 Rdn. 10 und § 22 Rdn. 9). Isay nimmt allerdings an, daß die Verbindung von Verleihungs- und Einspruchsklage sich auch formell im Klageantrag ausdrückt. Da Isay davon ausgeht, daß die Klagen aus §§ 23, 31, 35 ABG die öffentlich-rechtlichen Ansprüche auf Verleihung

leihungsantrag eines Muters abgewiesen, dem Dritten, der dem abgewiesenen Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegengesetzt und auch seinerseits gemutet hat, jedoch das Bergwerkseigentum verliehen, so wendet sich die auf Feststellung des besseren Rechts gerichtete Verleihungsklage des abgewiesenen Muters nicht allein gegen die Zurückweisung der eigenen Mutung, sondern materiell auch gegen die Verleihung des Bergwerkseigentums an den konkurrierenden Muter. Da dessen Bergwerkseigentum nach dem Zweck des § 31 II ABG möglichst bald unanfechtbar werden soll, muß die Verleihungsklage hier innerhalb der Frist des § 31 II ABG erhoben werden. Wenn der abgewiesene Muter diese Frist nicht einhält, ist er seines Rechts verlustig, da der andere dann unantastbares Bergwerkseigentum besitzt und damit auch die Verleihungsklage hinfällig geworden ist[1].

---

des Bergwerkseigentums und auf Aufhebung des Verleihungsbeschlusses bzw. der Verleihung betreffen (vgl. ISAY § 23 Rdn. 6, § 31 Rdn. 14 u. § 35 Rdn. 7), lautet der Klageantrag der Verleihungsklage nach seiner Ansicht, "festzustellen, daß dem Kläger der Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums zusteht". Bei der Verbindung mit der Einspruchsklage soll der Klageantrag dann folgerichtig lauten, "festzustellen, daß dem Beklagten der Anspruch auf Verleihung nicht zusteht, und festzustellen, daß dem Kläger der Anspruch auf Verleihung zusteht" (vgl. ISAY § 31 Rdn. 14). Nach der hier vertretenen Auffassung betreffen die Klagen aus § 23, 31, 35 ABG jedoch die Feststellung des "besseren (privaten) Rechts" des Klägers. Bei allen drei Klagen ist der Klageantrag dann einheitlich auf Feststellung des Vorrechts des Klägers gerichtet (vgl. § 35 IV ABG und: Appell.-Gericht Naumburg, Erk. v.15.11.1869 = ZfB 11, 334, 342; RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41, 223; RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2 = S. 78, § 31 Anm. 8 u. § 35 Anm. 3; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 f. und § 36 Anm. 9; MÜLLER-ERZBACH S. 163). Wird also mit der Verleihungsklage gleichzeitig verliehenes Bergwerkseigentum angegriffen, so ist sie zwar inhaltlich mit der Einspruchsklage verbunden, im Klageantrag jedoch formell nicht verändert (vgl. für die materielle Verbindung von Verleihungs- und Widerspruchsklage RG, Urt. v. 3.1.1900).

1) Vgl. ISAY § 22 Rdn. 9 = S. 249 und § 31 Rdn. 10.

Aus ganz ähnlichen Erwägungen kann die Verleihungsklage an die Dreimonatsfrist des § 35 II ABG gebunden sein[1]. Wie die Vorschrift des § 31 ABG ist auch § 35 ABG dazu bestimmt, möglichst bald unanfechtbares Bergwerkseigentum zu schaffen. Während auf Grund der Ausschlußfrist des § 31 II und III ABG alle Gegenansprüche erlöschen, über die das Oberbergamt im Verleihungsverfahren bereits entschieden hat, dient die dreimonatige Aufgebotsfrist des § 35 ABG dazu, das verliehene Bergwerkseigentum auch gegen solche widerstreitenden Ansprüche zu sichern, die im Verleihungsverfahren aus irgend einem Grunde nicht berücksichtigt worden sind. Für den abgewiesenen Muter wird die Frist des § 35 II ABG vor allem dann bedeutungsvoll, wenn das Bergwerkseigentum in dem von ihm begehrten Felde später in einem anderen Verfahren, zu dem er nicht zugezogen wurde, an einen Dritten definitiv verliehen worden ist, d.h., wenn die Verleihungsurkunde ausgefertigt und dem Dritten ausgehändigt ist[2]. Will der abgewiesene Muter hier sein vermeintlich besseres Recht gegen den Dritten verfolgen, so muß er die in § 35 II ABG für die Widerspruchsklage gesetzte Frist von drei Monaten beachten, nach deren Ablauf er sein etwaiges Vorzugsrecht verliert. Die Verleihungsklage ist in diesem Fall materiell mit der Widerspruchsklage verbunden, da sie sich gegen definitiv verliehenes Bergwerkseigentum richtet[3].

Für die verschiedenen Sachverhalte, die im Laufe der Erörterung erwähnt worden sind, ergeben sich nach der hier vertretenen Ansicht folgende Lösungen: Haben

---

1) Vgl. oben S. 161 f.

2) Zur Entstehung des Bergwerkseigentums vgl. KG, Beschl. v. 22.2.1906 = ZfB 47, 459; ISAY § 30 Rdn. 2; EBEL-WELLER § 30 Anm. 1; MIESBACH-ENGELHARDT § 30 ABG Rdn. 2 c.

3) Vgl. RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41, 223; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2 = S. 82.

Ansprüche und Einsprüche Dritter nicht vorgelegen und ist die Entscheidung über die eingelegte Mutung lediglich aus "anderen gesetzlichen Gründen" erfolgt, ist also die Verleihung z.B. deshalb versagt, weil die Mutung mangels Fündigkeit von Anfang an ungültig (vgl. § 15 I Ziff. 1 ABG)[1] oder wegen eines zu geringen Abstandes des Fundpunktes von den Feldesgrenzen (vgl. § 27 II ABG) fehlerhaft war[2], so ist der abgewiesene Muter mit der Verleihungsklage nicht an die Ausschlußfrist des § 31 II ABG gebunden. Er kann vielmehr innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren mit seinen Ansprüchen wieder auftreten und sie durch Klage vor den ordentlichen Gerichten verfolgen, sobald später ein Dritter in einem anderen Verfahren dasselbe Feld begehrt und damit eine Person vorhanden ist, gegen die die Verleihungsklage aus § 23 ABG gerichtet werden kann. Der abgewiesene Muter braucht dabei mit der Klageerhebung nicht abzuwarten, bis die Verleihung an den auftretenden dritten Muter erfolgt ist[3]. Wenn das begehrte Feld dem anderen Muter jedoch inzwischen definitiv verliehen worden ist, muß der mit seinem Verleihungsantrag zurückgewiesene Muter nunmehr die in § 35 II ABG gesetzte Frist beachten, da das Bergwerkseigentum des Dritten sonst unanfechtbar wird und der abgewiesene Muter infolgedessen sein etwaiges Vorzugsrecht verliert. Die Verleihungsklage ist in diesem Fall inhaltlich mit der Widerspruchsklage verbunden. - Liegen Ansprüche und Einsprüche Dritter vor, so ist hinsichtlich der Ausschlußfrist des § 31 II ABG wie folgt zu unterscheiden: Wenn das Oberbergamt den

---

1) Vgl. zu diesem Fall RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537.

2) Vgl. zu diesem Fall ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509 und RG, Urt. v. 7. März/13. April 1901 = RGZ 49, 214 = ZfB 42, 347, wo die Begründung des erstgenannten Urteils weitgehend wörtlich zitiert wird.

3) ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 518; ISAY § 22 Rdn. 9 = S. 249.

Verleihungsantrag des Muters zurückgewiesen, gleichzeitig jedoch dem konkurrierenden Muter das Bergwerkseigentum in dem fraglichen Feld verliehen hat, muß der abgewiesene Muter die Verleihungsklage innerhalb der Frist des § 31 II ABG erheben, um nicht sein vermeintliches Vorzugsrecht zu verlieren. Die Verleihungsklage ist hier inhaltlich mit der Einspruchsklage verbunden. Unerheblich ist dabei, ob die Mutung aus "anderen gesetzlichen Gründen" (z.B. verspätete Einreichung des Situationsrisses, § 18 I u. II ABG; zu geringer Fundpunktabstand, § 27 II ABG) oder ausdrücklich wegen eines Vorzugsrechts des konkurrierenden Dritten (z.B. Findervorrecht nach § 24 ABG) zurückgewiesen ist; in beiden Fällen wird mit der Verleihungsklage gleichzeitig verliehenes Bergwerkseigentum angegriffen[1]. Hat das Oberbergamt dagegen den Verleihungsantrag des Muters zurückgewiesen, ohne dem konkurrierenden Dritten das Bergwerkseigentum in dem fraglichen Feld zu verleihen, so ist der abgewiesene Muter mit der Verleihungsklage nicht an die Ausschlußfrist des § 31 II ABG gebunden, da er in diesem Fall mit seiner Klage verliehenes Bergwerkseigentum nicht angreifen will. Im Ergebnis ist daher dem Reichsgericht in der Beurteilung des Sachverhaltes zuzustim-

---

1) Die Verleihungsklage ist jedoch nur dann inhaltlich mit der Einspruchsklage verbunden, wenn über das Recht des abgewiesenen Muters in dem die Verleihung an den konkurrierenden Muter aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes entschieden worden ist. Das ist Voraussetzung der Einspruchsklage. Ist das nicht der Fall, so kommt nur eine Verbindung der Verleihungsklage mit der Widerspruchsklage des § 35 ABG in Betracht (vgl. dazu ISAY § 31 Rdn. 15). Wenn also über das Recht des abgewiesenen Muters nicht im Verleihungsbeschluß nach § 31 I ABG entschieden, sondern dessen Mutung unabhängig davon zurückgewiesen worden ist, muß der abgewiesene Muter lediglich die Frist des § 35 II ABG beachten (ISAY § 22 Rdn. 9, § 31 Rdn. 10, § 35 Rdn. 4, 5, 7, 8; vgl. auch RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41,223).

mer, der der oben wiedergegebenen Grundsatzentscheidung über die Geltung der Ausschlußfrist des § 31 II ABG für die Verleihungsklage zugrunde lag. Das Oberbergamt hatte die Mutung dort wegen des verspäteten Eingangs des Situationsrisses, also aus anderen gesetzlichen Gründen zurückgewiesen, ohne jedoch gleichzeitig über den Verleihungsantrag des konkurrierenden Muters Beschluß zu fassen und jenem das Bergwerkseigentum zu verleihen. Da sich die Verleihungsklage des abgewiesenen Muters infolgedessen nicht auch gegen verliehenes Bergwerkseigentum richtete, hat das Reichsgericht die Ausschlußfrist des § 31 II ABG in diesem Fall zu Recht für unbeachtlich erklärt, wenn auch seine Begründung nicht zu überzeugen vermag.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Ausschlußfrist des § 31 II ABG für die Verleihungsklage aus § 23 ABG nur dann maßgebend ist, wenn sie gleichzeitig ein anderes verliehenes Bergwerkseigentum angreifen will, d.h., wenn sie inhaltlich mit der Einspruchsklage verbunden ist. Muß der abgewiesene Muter die Verleihungsklage nach den besonderen Umständen des Falles mit der Widerspruchsklage verbinden, so ist er an die Aufgebotsfrist des § 35 II ABG gebunden.

Besondere Probleme wirft die Frage nach dem Beginn der Klagefrist auf.

Ist die Verleihungsklage mit der Einspruchsklage verbunden, so beginnt die dreimonatige Klagefrist nach § 31 II ABG mit dem Ablauf des Tages, an dem der den Verleihungsantrag des Muters zurückweisende Beschluß des Oberbergamtes zugestellt ist. Fraglich ist, wann die Frist zu laufen beginnt, wenn der Muter Widerspruch gegen den Zurückweisungsbeschluß eingelegt und wenn er ihn danach mit der Klage vor dem Verwaltungsgericht angefochten hat. Legt der abgewie-

sene Muter Widerspruch ein, so wird man annehmen müssen, daß in diesem Fall die Ausschlußfrist für die Klage erst mit der Zustellung des Widerspruchsbescheides des Oberbergamtes zu laufen beginnt[1]. Dafür spricht einmal die alte Fassung des § 31 II ABG, wonach die Frist mit der Zustellung des Beschlusses, "beziehungsweise des Rekursbescheides" beginnt, der mit dem heutigen Widerspruchsbescheid vergleichbar ist[2]. Zum anderen spricht für diese Auffassung, daß erst eine abschließende Entscheidung des Oberbergamtes vorliegen muß, bevor die Klagefrist läuft. Hieraus ergibt sich weiterhin, daß der Muter in diesem Fall mit der Verleihungsklage warten muß, bis der Widerspruchsbescheid ergangen ist; vor einer abschließenden Entscheidung der Bergbehörde ist die Verleihungsklage unzulässig[3]. Ficht der Muter die Zurückweisung seines Verleihungsantrags nach erfolglosem Widerspruch vor dem Verwaltungsgericht an, so soll nach Miesbach-Engelhardt die Klagefrist für die Ver-

---

1) Insoweit im Ergebnis ebenso MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 3 b 2.

2) Vgl. ISAY, 1. Aufl., § 31 Rdn. 10; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 10.
In der Neufassung des ABG durch das Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. Nov. 1961 (GV NW S. 325, PrGS NW 75) sind die Worte "beziehungsweise der Rekursbescheid (§ 191)" ohne Begründung ersatzlos gestrichen.

3) Vgl. ISAY § 23 Rdn. 2; ISAY, 1. Aufl., § 31 Rdn. 10; RG, Urt. v. 7.5.1898 = ZfB 39, 497, 501; teilweise abweichend KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN (§ 31 Anm. 8), die die Klage ganz allgemein für unzulässig halten, solange das Verleihungsverfahren noch schwebt, d.h. solange die Rechtsbehelfe des Verwaltungsweges (Rekurs = Widerspruch) noch nicht erschöpft sind (zum früheren Rechtszustand vgl. auch oben S. 44 f.). Dagegen gehen MIESBACH-ENGELHARDT (§ 31 ABG Rdn. 3 b 2) ohne nähere Begründung davon aus, daß der abgewiesene Muter die Verleihungsklage auch dann schon ab Zustellung des ursprünglichen Versagungsbeschlusses erheben kann, wenn er Widerspruch eingelegt hat.

leihungsklage erst mit einer abschließenden gerichtlichen Entscheidung zu laufen beginnen. Auch in diesem Fall soll der Muter die Klage jedoch schon ab Zustellung des ursprünglichen Versagungsbeschlusses erheben können[1]. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es erscheint als widerspruchsvoll, einerseits den Beginn der Ausschlußfrist von einer rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung abhängig zu machen, andererseits aber die Verleihungsklage schon vor einer derartigen Entscheidung ab Zustellung des ursprünglichen Versagungsbeschlusses der Bergbehörde für zulässig zu halten. Wegen der Unabhängigkeit und Gleichwertigkeit der Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und vor dem Zivilgericht ist vielmehr davon auszugehen, daß die Klagefrist für die Verleihungsklage auch dann mit der Zustellung des Widerspruchsbescheides beginnt, wenn der abgewiesene Muter die Entscheidung der Bergbehörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angefochten hat[2]. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß der Muter die Verleihungsklage auch in diesem Fall schon ab Zustellung des Widerspruchsbescheides erheben kann; Voraussetzung für die Verleihungsklage ist wegen der Unabhängigkeit und Gleichwertigkeit der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Rechtsbehelfe lediglich, daß die Bergbehörden ab-

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2.

2) Im Ergebnis ebenso für den Fall des Nebeneinanders von Verleihungsklage und Verwaltungsklage nach § 192 a ABG a.F. (zur Verwaltungsklage aus § 192 a vgl. oben S. 45 ff.) H. und R. ISAY. Allerdings beginnt nach deren Meinung die Klagefrist dort bereits mit der Zustellung des ursprünglichen Versagungsbeschlusses. Das erklärt sich jedoch daraus, daß der Rekurs, der in etwa dem heutigen Widerspruch entspricht, durch die Verwaltungsklage aus § 192 a ABG a.F. ersetzt wurde, wenn deren Voraussetzungen vorlagen (vgl. oben S. 52; RB v. 8.5.1908 = ZfB 48, 469), so daß ein Rekursbescheid als abschließende Verwaltungsentscheidung in diesem Fall gar nicht ergehen konnte. Vgl. ISAY § 23 Rdn. 2 = S. 252.

schließend über den Verleihungsantrag befunden haben, nicht aber, daß über die Mutung im Verwaltungsgerichtsverfahren bereits rechtskräftig entschieden ist.

Ist die Verleihungsklage nicht mit der Einspruchsklage, sondern mit der Widerspruchsklage verbunden, so beginnt die dreimonatige Klagefrist nach § 35 II ABG mit dem Ablauf des Tages, an dem das die Bekanntmachung der Verleihungsurkunde enthaltene Amtsblatt ausgegeben ist.

5. Verfahren, Urteil, Rechtsmittel

Wenn der Muter mit der Verleihungsklage ganz oder teilweise obsiegt, ist damit noch nicht automatisch das Bergwerkseigentum verliehen, sondern lediglich festgestellt, daß dem Muter gegenüber dem Beklagten das bessere Recht bezüglich des begehrten Feldes zusteht. Unmittelbar wirkt das Urteil zunächst nur zwischen den Streitparteien oder ihren Rechtsnachfolgern[1]. Die besondere Bedeutung des Urteils liegt jedoch darin, daß die Feststellung des besseren Rechts nicht nur den Beklagten, sondern auch die Bergbehörde bindet. Das Oberbergamt ist nach § 35 IV ABG verpflichtet, auf Vorlage des rechtskräftigen Urteils ohne weitere eigene Nachprüfung die Verleihung vorzunehmen, d.h. die Verleihungsurkunde auszufertigen. Ist die Verleihungsurkunde für den unterlegenen Beklagten bereits ausgefertigt worden, so muß das Oberbergamt sie nachträglich aufheben oder - bei nur teilweisem Obsiegen - entsprechend abändern[2]. Diese

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 a.

2) ObTrib., Urt. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RB v. 15.11.1877 = ZfB 19, 130, 131; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 22, 23 Anm. 4 f.; MÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 10; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2 a.E. = S. 82; vgl. auch oben S. 38 f. und S. 155 f.

Aufhebung oder Abänderung wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Entstehung des Bergwerkseigentums[1].

Da die Bergbehörden an das zwischen den Parteien ergehende Urteil gebunden sind, ergibt sich die Frage, ob für den Prozeß aus § 23 ABG auch diejenigen Vorschriften der ZPO anwendbar sind, die auf der Dispositionsmaxime beruhen. Läßt man die Dispositionsmaxime für dieses Verfahren gelten, so besteht die Gefahr, daß das Oberbergamt an eine Entscheidung gebunden wird, die zur Umgehung bergrechtlicher Vorschriften herbeigeführt worden ist. Damit wäre praktisch das ganze Verleihungsverfahren vor dem Oberbergamt bedeutungslos. Zutreffend weisen H. und R. Isay darauf hin, daß nur jemand im Einverständnis mit dem Muter Einspruch zu erheben und auf die gegen ihn gemäß § 23 ABG erhobene Klage das Recht anzuerkennen oder die vom Oberbergamt verneinte Fündigkeit zuzugestehen brauchte, um dem Muter zu dem vom Oberbergamt versagten Bergwerkseigentum zu verhelfen[2]. Daraus ist zu folgern, daß für dieses Verfahren die Dispositionsmaxime nicht gelten kann, daß also z.B. ein Anerkenntnisurteil nicht erlassen werden kann[3]. Es ist H. und R. Isay beizupflichten, die die Vorschrift des § 617 ZPO, durch die die Dispositionsmaxime für das Verfahren in Ehesachen, Personenstandssachen (vgl. § 640 ZPO) und Entmündigungssachen (vgl. § 670 ZPO) zurückgedrängt wird, aus den gleichen inneren Gründen (Wahrung des öffentlichen Interesses) für das Verfahren aus § 23 ABG entspre-

---

1) MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 a; ISAY § 35 Rdn. 12 a.E.; RG, Urt. v. 27.2.1904 = RGZ 57, 147 = ZfB 45, 218.

2) Auf die Gefahr einer derartigen Kollusion hat - soweit ersichtlich - erstmals OPPENHOFF hingewiesen (vgl. Allgemeines Berggesetz § 23 Anm. 187).

3) ISAY § 23 Rdn. 9; zustimmend MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 e.

chend anwenden wollen[1].

Im übrigen richtet sich das Verfahren nach den allgemeinen Regeln des Zivilprozesses. Das gilt insbesondere für die Beweislast. Grundsätzlich muß also der Kläger seine rechtsbegründenden Behauptungen, der Beklagte seine Einwendungen beweisen. Aus der Fassung des § 15 I ABG, wonach die Gültigkeit einer Mutung durch die Fündigkeit und die Freiheit des Fundes von besseren Rechten Dritter bedingt ist, folgt demnach entgegen der von H. und R. Isay vertretenen Ansicht, daß den Kläger auch die Beweislast für die Feldesfreiheit trifft[2]. Der Kläger muß also z.B. beweisen, daß seine Mutung älter als die des Beklagten ist.

Der im Verfahren aus § 23 ABG unterlegene Teil kann das ihm ungünstige Urteil innerhalb eines Monats mit der Berufung anfechten (vgl. §§ 511, 516 ZPO). Gegen das in der Berufungsinstanz erlassene Urteil kann nach § 545 ZPO Revision eingelegt werden, sofern die besonderen Voraussetzungen des § 546 ZPO (ausdrückliche Zulassung der Revision oder ein 15.000,- DM übersteigender Wert des Beschwerdegegenstandes) vorliegen. Die Revisionsfrist beträgt einen Monat (vgl. § 552 ZPO).

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg

Setzen dritte Personen dem mit seinem Verleihungsantrag vom Oberbergamt zurückgewiesenen Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegen, so kann der abgewiesene Muter nach dem bisherigen Ergebnis unse-

---

1) Vgl. ISAY § 23 Rdn. 9.

2) So WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 d = S. 72; OPPENHOFF, ZfB 9, 136 ff.; a.A. ISAY § 23 Rdn. 9 a.E.

rer Untersuchung einmal den Verwaltungsrechtsweg beschreiten und mit der Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO die Verurteilung des Oberbergamtes zur Verleihung des Bergwerkseigentums in dem gemuteten Feld begehren; gleichzeitig kann er aber auch vor dem Zivilgericht die Verleihungsklage aus § 23 ABG gegen denjenigen erheben, der ihm gegenüber das bessere Recht zu haben behauptet. Dieselbe Frage, z.B. ob ein Mutungsvorrecht eines Dritten besteht, kann demnach Gegenstand zweier gerichtlicher Verfahren sein[1]. Der Einwand der Rechtshängigkeit, der an sich auch zwischen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit möglich ist (vgl. § 90 VwGO), kann hier keine Wirkung äußern, weil verschiedene Streitgegenstände vorliegen: Mit der verwaltungsgerichtlichen Klage wird der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch gegen den durch das Oberbergamt vertetenen Staat verfolgt, während mit der zivilgerichtlichen Verleihungsklage das privatrechtliche Vorzugsrecht des Muters gegenüber dem konkurrierenden Dritten festgestellt werden soll.

Da die Klagen vor dem Verwaltungsgericht und vor dem Zivilgericht im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis führen, fragt es sich jedoch, ob nicht für eine der beiden Klagen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

---

1) Dieses unzweckmäßige Nebeneinander der Zuständigkeiten ist schon vom preußischen Oberverwaltungsgericht für die nach damaligem Recht bestehende Konkurrenz der Verleihungsklage aus § 23 ABG und der Klage im Verwaltungsstreitverfahren nach § 192 a ABG a.F. kritisiert worden. Mit Recht hat das Oberverwaltungsgericht dabei darauf hingewiesen, daß der Prozeß vor dem einen Gericht immer zu einem großen Teil in einer Wiederholung des Verfahrens vor dem anderen Gericht bestehen würde. Vgl. PrOVG, Urt. v. 21.10.1912 = ZfB 54, 278, 282; vgl. auch den Überblick über das Verhältnis der einzelnen Rechtsbehelfe nach altem Recht oben S. 50 ff. insbes. 53 f.

Einmal könnte man daran denken, daß hier aus prozeßökonomischen Gründen der eine Rechtsweg gegenüber dem anderen in so starkem Maße den Vorzug verdient, daß für das Verfahren in dem anderen Wege ein Rechtsschutzbedürfnis nicht anerkannt werden kann. Zum anderen könnte es aber auch so sein, daß jeweils die Erhebung der einen Klage das Rechtsschutzbedürfnis für die andere Klage ausschließt.

Das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses ist nach nicht unbestrittener[1] aber im Zivil- und Verwaltungsprozeßrecht durchaus herrschender Lehre Voraussetzung einer jeden Klage[2]. Zwar wird dieses Erfordernis vom Gesetz nur vereinzelt, z.B. bei der Feststellungsklage (vgl. § 256 ZPO, § 43 VwGO), hervorgehoben; das bedeutet aber nicht, daß es nicht Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung

---

1) Grundsätzlich ablehnend ALLORIO, ZZP 67, 321 ff.; einschränkend BAUMGÄRTEL, ZZP 67, 423, 429 ff.; kritisch POHLE, ZZP 64, 94 ff. und Festschrift für Lent, S. 195 ff.. Gegen die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis als allgemeiner Prozeßvoraussetzung im Verwaltungsrechtsstreit neuerdings auch SCHRÖCKER, Kündigungsschutz, S. 102 ff., insbes. S. 105 ff., der betont, daß dieses Institut keine Grundlage im Gesetz habe.

2) RG, Urt. v. 5.5.1937 = RGZ 155, 72, 75; RG, Urt. v. 21.4.1933 = RGZ 160, 204, 208 f. m. w. Nachw. aus der Rspr. des RG. BGH, Urt. v. 7.10.1958 = BGHZ 28, 203, 207. SCHÖNKE, AcP 150, 216 ff. und Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 13; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D; ROSENBERG, Lb., § 85 II 2 b; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 vor § 253. OVG Hamburg, Urt. v. 14.5.1954 = MDR 1954, 567; BVerwG, Urt. v. 5.4.1960 = JR 1960, 430 f., Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134 = NJW 1954, 1858 = DVBl. 1954, 774, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317 = NJW 1957, 1530 = DVBl. 1957, 576, Urt. v. 10.2.1960 = BVerwGE 10, 148 = NJW 1960, 1028 = DVBl. 1960, 364, Urt. v. 23.11.1960 = BVerwGE 11, 249 = NJW 1961, 1226 = DVBl. 1961, 633; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 5 und Verwaltungsprozeßrecht, § 34; KLINGER § 42 Anm. B 4; REDEKER-v.OERTZEN § 42 Rdn. 20, 21; BERGMANN, VerwArch. 49, 333ff.; TIETGEN, DVBl. 1960, 261; HOFFMANN, VerwArch. 53, 297, 302 ff.

eines jeden Anspruchs wäre[1]. Der Zivil- und Verwaltungsprozeß gewähren dem einzelnen Schutz nur im Rahmen der Gemeinschaft[2]. Schon daraus folgt, daß niemand die Tätigkeit der Gerichte unnütz oder gar zu unlauteren Zwecken in Anspruch nehmen darf[3]. Nur wer schutzwürdige Interessen verfolgt, hat Anspruch auf den Einsatz der den Gerichten übertragenen Ordnungsgewalt des Staates. Zeit und Kräfte der Gerichte sollen nur in bestimmten Grenzen in Anspruch genommen, also tunlichst geschont werden[4]. Allerdings darf als Maßstab für die angemessene Beschränkung des Rechtsschutzes das öffentliche Interesse nicht zu einseitig in den Vordergrund gestellt werden. Die Interessen der Gegenpartei müssen mindestens neben denen der Rechtspflege beachtet werden. Weder das Gericht noch der Gegner sollen unnötig belastet werden[5].

Das Rechtsschutzbedürfnis ist Prozeßvoraussetzung im Sinne einer allgemeinen Sachurteilsvoraussetzung. Das Gericht hat das Vorhandensein dieser Voraussetzung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, und es darf keine Sachentscheidung ergehen, wenn das Gericht meint, daß der Kläger der begehrten Entscheidung nicht bedürfe. Bei Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses ist die Klage also unzulässig und durch Prozeßurteil abzuweisen[6].

---

1) RG, Urt. v. 5.1.1918 = RGZ 91, 390, 398; RG, Urt. v. 21.4.1939 = RGZ 160, 204, 209; BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134 = NJW 1954, 1858.

2) BAUMBACH-LAUTERBACH, Einl. III 3 A und Grundzüge 5 A vor § 253.

3) RG, Urt. v. 5.5.1937 = RGZ 155, 72, 75; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 A vor § 253.

4) SCHÖNKE, Rechtsschutzbedürfnis, S. 13; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D I.

5) POHLE, Festschrift für Lent, S. 205, 234.

6) Zum Zivilprozeß vgl.: RG, Urt. v. 21.4.1930 = RGZ 160, 204, 209 f.; LENT-JAUERNIG § 36 I; NIKISCH § 37 II 2; ROSENBERG, Lb., § 89 II 3; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 B vor § 253. A.A. SCHÖNKE, der darüber hinaus im RSchB eine "allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung" sieht, so daß

Bietet das Gesetz dem Kläger - wie in unserem Fall - verschiedene Arten des Rechtsschutzes an, die zum gleichen Ziel führen, so liegt der Gedanke nahe, das Rechtsschutzbedürfnis nur für einen prozessualen Weg, etwa für den spezielleren oder einfacheren Rechtsbehelf zu bejahen[1]. Das kann aber nicht ohne Einschränkung gelten. Regelmäßig ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bewußt mehrere Wege zur Verfügung gestellt hat[2] und dem Kläger die Wahl freistellt, welchen Weg er beschreiten will[3]. Auch für das Verhältnis zwischen dem Zivil- und dem Verwaltungsrechtsweg wird das grundsätzlich nicht bezweifelt[4]. Wenn der Kläger sein Wahlrecht ausgeübt hat, tritt eine gewisse Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten dann schon dadurch ein, daß bei Identität des Streitgegenstandes der Geltendmachung des bereits rechtshängigen Anspruchs der Einwand der Rechtshängigkeit (vgl. § 263 II Nr. 1 ZPO und § 90 II VwGO) entgegensteht. Eine unmittelbare Beschränkung des Klägers in der freien Wahl einer bestimmten Rechtsschutzart erscheint jedoch dann geboten, wenn sich durch Auslegung der konkurrierenden Vorschriften über die verschiedenen Arten des Rechtsschutzes ermitteln läßt, daß die konkurrierenden Rechtsschutzwege nicht

---

das RSchB nicht nur Sachurteilsvoraussetzung, sondern Voraussetzung für die Zulässigkeit aller Prozeßhandlungen sein soll (vgl. SCHÖNKE, Rechtsschutzbedürfnis, S. 13; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D I 1); gegen diese Auffassung insbes. POHLE, ZZP 64, 95.
Zum Verwaltungsprozeß vgl.: KLINGER § 42 Anm. B 4 und § 113 Anm. E 4; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 5 und § 81 Anm. III; EYERMANN-FRÖHLER Vorbem. 1 ff. vor § 81.

1) Vgl. STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D III 2 b.

2) BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 A vor § 253.

3) POHLE, Festschrift für Lent, S. 222.

4) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D III 2 b α, β; POHLE, Festschrift für Lent, S. 222.

die gleiche Geltung nebeneinander beanspruchen, sondern daß die eine Vorschrift als Sondervorschrift die andere Rechtsschutzmöglichkeit überhaupt ausschließt oder ihr nur eine subsidiäre Bedeutung zuweist. Dabei liegt es nahe, den Rechtsschutz aus Gründen der Prozeßökonomie auf den billigsten und einfachsten Weg zu beschränken[1]. Darüber hinaus erscheint es zulässig, das Wahlrecht des Klägers durch Ausübung entfallen zu lassen. Jedoch muß es sich dann wirklich um gleichwertige Rechtsschutzarten handeln[2]. In allen Fällen ist davon auszugehen, daß in erster Linie der Staat den Parteien einen umfassenden, ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren hat, während erst in zweiter Linie die Frage zu stellen ist, ob nicht Gegner und Gericht durch die Art des Rechtsschutzbegehrens unangemessen behelligt werden. Es ist also ein vorsichtiger und strenger Maßstab anzulegen[3].

Es entspricht diesen Grundgedanken, wenn Rechtsprechung und Lehre davon ausgehen, daß innerhalb des Zivilprozesses das Rechtsschutzbedürfnis z.B. für eine Klage auf Erstattung der Prozeßkosten fehlt, da hierfür das Kostenfestsetzungsverfahren des § 104 ZPO gegeben ist[4]. Das gleiche gilt etwa für eine Klage auf Rückgabe der Sicherheit angesichts des in § 109 ZPO hierfür vorgesehenen Verfahrens[5]. Ferner schließen die Sondervorschriften der §§ 627 ff. ZPO über einstweilige Anordnungen über Ehesachen die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 935 ff. ZPO über einstweilige Verfügungen aus[6]. In

1) POHLE, Festschrift für Lent, S. 223.

2) POHLE, a.a.O. S. 224; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D III 2 c = S. 24.

3) POHLE, a.a.O. S. 223; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge vor § 253 Anm. 5 A.

4) RG, Urt. v. 7.11.1930 = RGZ 130, 217, 218.

5) RG, Urt. v. 19.11.1914 = RGZ 86, 36, 43.

6) OLG Kiel, Urt. v. 12.12.1940 = HRR 1941, 392.

allen diesen Beispielen verdient das billigere und einfachere spezielle Verfahren gegenüber dem allgemeineren Weg den Vorzug[1].

Dieses im Bereich des Zivilprozesses entwickelte Prinzip, nach dem dem Bürger auf Grund des gleichen Tatbestandes zum gleichen Ziel möglichst nur ein Rechtsweg mit den zugehörigen Rechtsmitteln offenstehen soll[2], ist für das Verhältnis zwischen Zivil- und Verwaltungsrechtsweg, das bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des abgewiesenen Muters in Frage steht, vom Bundesverwaltungsgericht in zahlreichen Entscheidungen weiter entwickelt worden. Den Anlaß dazu haben vor allem Fälle mit sogen. abhängigen Verwaltungsakten[3] gegeben, die zu einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft hinzutreten müssen, um ihm die volle Wirksamkeit zu geben, also z.B. die behördliche Genehmigung bei der Kündigung von Pachtverträgen über kleingärtnerisch genutztes Land nach § 1 II der Kleingartenkündigungsschutzverordnung[4] und die behördliche Zustimmung bei der Kündigung einer werdenden Mutter nach § 9 Mutterschutzgesetz[5] sowie bei der Kündigung von Schwerbeschädigten nach § 17 Schwerbeschädigtengesetz[6]. Hier hat das Bundesverwaltungsge-

---

1) BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 A vor § 253 und Einf. zu §§ 627 - 627 b Anm. 1; STEIN-JONAS-SCHÖNKE -POHLE Einl. D III 2 b, δ.

2) Vgl. RG, Urt. v. 18.3.1936 = JW 1936, 2387; BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134, 136 = NJW 1954, 1858.

3) Zum Begriff des abhängigen oder akzessorischen Verwaltungsakts vgl. H.J. WOLFF, VerwR I, § 47 IV a und FORSTHOFF, Lb., § 11, 3 = S. 192.

4) VO über Kündigungsschutz und andere kleingartenrechtliche Vorschriften i.d.F. v. 15. Dez. 1944 (RGBl. I S. 347).

5) Mutterschutzgesetz v. 24. Jan. 1952 (RGBl. I S. 69).

6) Schwerbeschädigtengesetz i.d.F. v. 14. Aug. 1961 (RGBl. I S. 1233, 1348, 1652).

richt das Rechtsschutzbedürfnis für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage des Kleingartenpächters gegen die nach § 1 III KlGKSchVO von der Behörde ausgesprochene Kündigungsgenehmigung verneint und die Klage als unzulässig abgewiesen, weil der Verwaltungsprozeß dem gleichen Ziel diene wie der Zivilprozeß über die privatrechtliche Kündigung, nämlich der Beseitigung der Kündigung des Verpächters[1], und weil die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Kündigungsgenehmigung von den gleichen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen abhänge, unter denen auch die Wirksamkeit der privatrechtlichen Kündigung zu prüfen sei[2]. Da die behördliche Kündigungsgenehmigung den Pächter nicht daran hindere, vor den ordentlichen Gerichten nochmals zu bestreiten, daß einer der in § 1 II KlGKSchVO aufgezählten Kündigungsgründe vorgelegen habe, liege, so argumentiert das Bundesverwaltungsgericht weiter, das Schwergewicht der Beurteilung der materiellrechtlichen Kündigungsvoraussetzungen in dem auf die zivilrechtliche Kündigung bezogenen Zivilprozeß und nicht in dem lediglich auf die Kündigungsgenehmigung bezüglichen Verwaltungsstreitverfahren. Infolgedessen würde die Zulassung

---

1) Die Kündigungsgenehmigung ist Rechtsbedingung der zivilrechtlichen Kündigung (BVerwG, Urt. v. 7.5. 1954 = BVerwGE 1, 134 = NJW 1954, 1858). Mit ihrem Fortfall steht auch die Unzulässigkeit der Kündigung fest (vgl. § 1 KlGKSchVO).

2) Im Gegensatz dazu hängt bei der Regelung nach dem Mutterschutzgesetz und nach dem Schwerbeschädigtengesetz die Rechtmäßigkeit der behördlichen Zustimmung zur Kündigung nicht von den gleichen Voraussetzungen ab wie die Gültigkeit der privatrechtlichen Kündigung. Infolgedessen ist in diesen Fällen das RSchB für die Anfechtungsklage des Arbeitnehmers gegen die Zustimmung gegeben. Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.2.1960 = BVerwGE 10, 148 = NJW 1960, 1028; BVerwG, Urt. v. 28.11.1958 = BVerwGE 8, 46 = NJW 1959, 998; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 5 m. w. Nachw. aus Rspr. u. Lit..

des Verwaltungsstreitverfahrens nur Leerlauf bedeuten und zu planloser Doppelarbeit führen[1]. Aus ganz ähnlichen Erwägungen hat das Bundesverwaltungsgericht das Rechtsschutzinteresse für eine Anfechtungsklage des Drittschuldners gegen die Überleitungsanzeige nach § 21 a FürsorgepflichtVO verneint[2]. Die besondere Bedeutung dieser Entscheidungen liegt darin, daß sie im Unterschied zu den im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit entschiedenen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis für eines der beiden zum gleichen Ziel führenden Verfahren verneint haben, obwohl Streitgegenstand und Parteien bei den gerichtlichen Verfahren der beiden konkurrierenden Rechtszweige nicht übereinstimmen[3].

Legt man die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze der Prüfung unserer Frage zugrunde, ob der abgewiesene Muter sowohl die Verpflichtungsklage gegen die Bergbehörde als auch die Verleihungsklage gegen den konkurrierenden Dritten erheben kann oder ob für einen der beiden prozessualen Wege das Rechtsschutzinteresse fehlt, so ist zunächst noch einmal im einzelnen zu untersuchen, ob beide Rechtsschutzarten die gleiche Wirkung haben und zu demselben Ziel führen, da nur dann das Rechts-

---

1) BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134 = NJW 1954, 1858, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317 = NJW 1957, 1530. Zustimmend POHLE, Festschrift für Lent, S. 223 FN 92 a und im Ergebnis auch EYERMANN -FRÖHLER § 42 Rdn. 28. Kritisch HERZER, DVBl. 1957, 410; SCHRÖCKER, Kündigungsschutz, S. 102 ff., insbes. S. 108 ff.; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 5 m. w. Nachw. - Dagegen hat der Verpächter ein RSchB auch für die verwaltungsgerichtliche Klage, da er die abgelehnte Genehmigung benötigt, um die Räumungsklage vor dem Zivilgericht durchführen zu können, vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 332 = NJW 1957, 1533.

2) BVerwG, Urt. v. 23.11.1960 = BVerwGE 11, 249 = NJW 1961, 1226.

3) Vgl. BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134, 136 f. = NJW 1954, 1858.

schutzbedürfnis für einen der verschiedenen Rechtsschutzwege verneint werden kann.

Wenn der abgewiesene Muter mit der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage des § 42 VwGO gegenüber der Bergbehörde obsiegt, so ist das Oberbergamt verpflichtet, ihm das Bergwerkseigentum in dem begehrten Felde zu verleihen (vgl. § 113 IV VwGO). Die Rechtskraft des Urteils wirkt nicht nur zwischen dem abgewiesenen Muter und der Bergbehörde als Kläger und Beklagten; sie bindet vielmehr gem. § 121 VwGO auch den Dritten, der ein besseres Recht zu haben behauptet, da dieser, wie wir gesehen haben[1], in dem Verwaltungsprozeß zwischen dem abgewiesenen Muter und dem Oberbergamt nach § 65 II VwGO notwendig beizuladen ist und damit gem. § 63 Ziff. 3 VwGO zu den Beteiligten des Verfahrens gehört. Dringt der abgewiesene Muter dagegen mit der zivilprozessualen Verleihungsklage aus § 23 ABG gegenüber dem ein besseres Recht behauptenden Dritten durch, so wirkt die Rechtskraft des Urteils unmittelbar zunächst nur zwischen dem abgewiesenen Muter und dem konkurrierenden Dritten als Parteien des Zivilprozesses[2]. Darüber hinaus bindet die Feststellung des besseren Rechts des Klägers aber auch die Bergbehörde. Nach § 35 IV ABG ist das Oberbergamt verpflichtet, auf Vorlegung des rechtskräftigen Urteils ohne eigene Nachprüfung die Verleihung auszusprechen, d.h. die Verleihungsurkunde auszufertigen und die etwa entgegenstehende früher an den Beklagten erfolgte ältere Verleihung aufzuheben[3].

---

1) Vgl. oben S. 144 ff.

2) MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 a.

3) ObTrib., Urt. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RB v. 15.11.1877 = ZfB 19, 130, 131; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2 ; MÜLLER-ERZBACH S. 163; ISAY § 23 Rdn. 10; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 3 b 2 a.E. = S. 82; vgl. auch oben S. 176 f.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage und die zivilprozessuale Verleihungsklage zu dem gleichen Ziel führen, nämlich zur Verpflichtung des Oberbergamtes, dem obsiegenden Muter das Bergwerkseigentum zu verleihen. Bei beiden Klagen wirkt das Urteil sowohl gegenüber dem Oberbergamt als auch zwischen den konkurrierenden Mutern. Die Ergebnisse der beiden verschiedenen Verfahren sind also praktisch gleich.

Die Übereinstimmung der Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und dem Zivilgericht erschöpft sich aber nicht allein darin, daß beide Rechtswege zu dem gleichen Ergebnis führen. Die Verfahren stimmen vielmehr auch insoweit überein, als die Gerichte beider Rechtswege denselben Sachverhalt an denselben Normen prüfen. Das private Anwartschaftsrecht aus der Mutung, über dessen Bestehen vor dem Zivilgericht gestritten wird, hängt von den gleichen Voraussetzungen ab wie der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch aus § 22 ABG, der die Grundlage der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage bildet. Voraussetzung sowohl für den Verleihungsanspruch aus § 22 ABG als auch für das private Anwartschaftsrecht aus der Mutung ist die Erfüllung des vollständigen Tatbestandes der Mutung. Wie dargelegt worden ist, erwirbt der Muter mit der Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen der Mutung (Fund, Bergfreiheit, Mutung und Feldesstreckung) gem. § 22 ABG einmal den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Feld; zum anderen entsteht damit aber auch das privatrechtliche Anwartschaftsrecht auf das Bergwerkseigentum in dem beanspruchten Feld, das durch § 23 ABG geschützt wird[1]. Das Zivilgericht hat demnach ebenso wie das Verwaltungsgericht alle Voraussetzungen des § 22 ABG selbständig und im gleichen

1) Vgl. oben S. 114 ff.

Umfang zu prüfen, wobei insbesondere alle Vorfragen zu untersuchen und zu entscheiden sind, von denen die Beurteilung des beanspruchten besseren Rechts abhängt[1]. Würde also z.B. die Verpflichtungsklage des vom Oberbergamt zurückgewiesenen Muters im Verwaltungsrechtsweg abgewiesen, so hätten die ordentlichen Gerichte auf die von dem abgewiesenen Muter gleichfalls erhobene Verleihungsklage hin nochmals alle Fragen selbständig zu prüfen, die bereits Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gewesen sind, ohne daß das Zivilgericht an die Feststellungen des Verwaltungsgerichts gebunden wäre[2].

Da beide Rechtsschutzwege unter Prüfung der gleichen materiell-rechtlichen Fragen praktisch zu dem gleichen Ergebnis führen, ohne daß jedoch die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte in irgendeiner Weise gesetzlich aufeinander abgestimmt oder sinnvoll hintereinandergeschaltet sind, besteht in großem Maße die Gefahr planloser Doppelarbeit der Gerichte und damit eines Leerlaufs der Rechtspflege[3]. Es erscheint daher aus Gründen der Prozeßökonomie als dringend geboten, das Rechtsschutzbedürfnis für einen der beiden Klagewege zu verneinen und dadurch die Doppelspurigkeit des Rechtsweges zu beseitigen[4]. Einer derartigen Beschränkung

---

1) Vgl. EBEL-WELLER § 23 Anm. 1; ISAY § 23 Rdn. 9; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 23 Anm. 2; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 23 Anm. 4 e; RG, Urt. v. 23.5.1882 = ZfB 24, 497; RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537; RG, Urt. v. 9.12.1908 = ZfB 51, 151.

2) Eine derartige Feststellungswirkung versteht sich - mangels einer gesetzlichen Vorschrift - nicht von selbst. Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317, 331; FORSTHOFF, Lb., § 6, 1 = S. 93 f.; H.J. WOLFF, VerwR I, § 20 V b = S. 82.

3) Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317, 321 = NJW 1957, 1530, 1531.

4) Zutreffend weist SCHRÖCKER darauf hin, daß die für das Zivilprozeßrecht entwickelte Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis in das Verwaltungsgerichtsverfahren vor allem als Abwehrmaßnahme gegen die mit der Ein-

der Rechtsschutzmöglichkeiten stehen schutzwürdige Interessen des klagenden Muters nicht entgegen, da sein Rechtsschutz durch die Zivilgerichte mit der gleichen Wirksamkeit gewährleistet wird wie durch die Verwaltungsgerichte und umgekehrt.

Erscheint es demnach als zulässig, das Rechtsschutzbedürfnis für einen der beiden konkurrierenden Rechtsschutzwege zu verneinen, so könnten sich jedoch Bedenken daraus ergeben, daß der Prozeßgegenstand und die Prozeßbeteiligten bei den gerichtlichen Verfahren der verschiedenen Rechtswege nicht übereinstimmen. Die Verwaltungsgerichte haben über das Bestehen des öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruchs des klagenden Muters und damit über die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung des Verleihungsantrags durch das Oberbergamt zu entscheiden; die Zivilgerichte haben dagegen über das Bestehen des privaten Anwartschaftsrechts aus der Mutung zu befinden. Im Verwaltungsprozeß ist das Oberbergamt, im Zivilprozeß hingegen der ein besseres Recht behauptende Dritte der eigentliche Prozeßgegner. Wie wir gesehen haben[1], mißt jedoch das Bundesverwaltungsgericht diesen Umständen bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Mit Recht hat es in vergleichbaren Fällen vielmehr auf die materielle Identität der gerichtlichen Verfahren beider Rechtswege hingewiesen[2]. Eine der-

---

führung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel häufig verbundene Eröffnung eines doppelten Rechtsweges übernommen worden ist (vgl. Kündigungsschutz S. 104 f.).

1) Vgl. oben S. 186.

2) BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134, 137 = NJW 1954, 1858, 1859; bestätigend BVerwG, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317 = NJW 1957, 1530; BVerwG, Urt. v. 10.2.1960 = BVerwGE 10, 148 = NJW 1960, 1028; BVerwG, Urt. v. 23.11.1960 = BVerwGE 11, 249 = NJW 1961, 1226.

artige materielle Übereinstimmung der konkurrierenden Verfahren besteht auch bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des abgewiesenen Muters. Sie ergibt sich zunächst daraus, daß das private Anwartschaftsrecht aus der Mutung von denselben Voraussetzungen abhängt wie der öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch und daß beide Verfahren praktisch zum gleichen Ergebnis führen. Was weiterhin die Prozeßbeteiligten anbetrifft, so ergibt sich die Übereinstimmung aus dem materiellen Interesse, das das Oberbergamt und der konkurrierende Dritte als Beklagte des verwaltungs- bzw. des zivilgerichtlichen Verfahrens am Ausgang des jeweils anderen Prozesses haben (vgl. insbes. § 35 IV ABG). So ist der im Verwaltungsprozeß beigeladene Konkurrent, wenn man auf das Interesse an dem auch seine Rechte berührenden Verfahren abstellt, materiell ebenso als Prozeßgegner des klagenden Muters anzusehen wie das in diesem Prozeß beklagte Oberbergamt[1].

Wenn dem vom Oberbergamt zurückgewiesenen Muter nach alledem ein anerkennenswertes Rechtsschutzbedürfnis für die Zulassung sowohl des Verwaltungsrechtsweges als auch des Zivilrechtsweges wegen der damit verbundenen übermäßigen Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen nicht zugebilligt werden kann, bleibt noch die Frage zu beantworten, welcher der beiden Rechtsschutzwege nun zulässig ist oder, anders gefragt, welche Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig anzusehen ist.

Der abgewiesene Muter könnte in der freien Wahl einer der beiden Rechtsschutzwege zunächst dadurch beschränkt sein, daß ein Weg sich als spezieller und vorrangig gegenüber dem anderen erweist[2]. Da in

---

1) Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 7.5.1954 = BVerwGE 1, 134, 137 = NJW 1954, 1858, 1859.

2) Vgl. POHLE, Festschrift für Lent, S. 223; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. III D 2 b; vgl. auch oben S. 182 ff.

unserem Fall jeder gesetzliche Anhalt dafür fehlt, daß ein Rangverhältnis zwischen den beiden möglichen Rechtswegen besteht, ist von dem im Grundgesetz anerkannten Grundsatz auszugehen, daß die verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit gleichwertig sind (vgl. Art. 92, 96 GG)[1]. Eine Besserbewertung des einen oder anderen Rechtsweges kann auch nicht mit der größeren Einfachheit oder Billigkeit des einen oder anderen Weges begründet werden, da sich die beiden Verfahren insoweit nicht wesentlich voneinander unterscheiden. Schließlich läßt sich nicht etwa eine Minderbewertung des ordentlichen Rechtsweges daraus herleiten, daß im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime, im Verwaltungsprozeß dagegen die Untersuchungsmaxime herrscht[2], vorausgesetzt, daß man entgegen der hier vertretenen Auffassung[3] überhaupt den Verhandlungsgrundsatz für den Prozeß aus § 23 AEG gelten lassen will.

Die freie Wahl des Klägers hinsichtlich der verschiedenen Rechtsschutzwege könnte jedoch durch Ausübung des Wahlrechts beschränkt sein. Wie wir gesehen haben[4], ist das dann geboten und zulässig, wenn die beiden konkurrierenden Rechtsschutzarten völlig gleichwertig sind[5]. Da diese Voraussetzung bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des zurückgewiesenen Muters gegeben ist, kommen wir zu dem Ergebnis, daß jeweils die Erhebung der einen Klage das Rechtsschutzbedürfnis für die andere Klage ausschließt. Hat also der abgewiesene Muter den Verwaltungsrechtsweg gewählt

---

1) SOERGEL-SIEBERT, Einl. Rdn. 1 u. 21; SCHRÖCKER, Kündigungsschutz, S. 113.

2) Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1957 = BVerwGE 4, 317, 332 = NJW 1957, 1531, 1533.

3) Vgl. dazu oben S. 177 f.

4) Vgl. oben S. 183.

5) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE (18. Aufl.) Einl. D III 2 c = S. 24; POHLE, Festschrift für Lent, S. 224.

und die Verpflichtungsklage des § 42 VwGO gegen das Oberbergamt erhoben, so ist die später vor dem Zivilgericht gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten erhobene Verleihungsklage des § 23 ABG mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Andererseits fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage, wenn der abgewiesene Muter bereits die Verleihungsklage vor dem Zivilgericht erhoben hat[1].

C. Ergebnis

Fassen wir das Ergebnis der Untersuchung der Rechtsbehelfe des mit seinem Verleihungsantrag abgewiesenen Muters zusammen, so ergibt sich, daß der Muter auf die Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beschränkt ist, solange nicht konkurrierende Dritte auftreten, die ihm die Behauptung eines besseren Rechts hinsichtlich des von ihm begehrten Feldes entgegensetzen. Der Muter kann in diesem Fall Widerspruch gegen die den Verleihungsantrag zurückweisenden Entscheidung des Oberbergamtes erheben (vgl. §§ 68 ff. VwGO) und nach Abschluß des Widerspruchsverfahrens mit der Verpflichtungsklage des § 42 VwGO die Verurteilung des Oberbergamtes zur Verleihung des Bergwerkseigentums begehren. Setzen dagegen dritte Personen dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegen, so kann der abgewiesene Muter außer der verwaltungsgerichtlichen Klage die zivilgerichtliche Verleihungsklage des § 23 ABG gegen den ein besseres Recht behauptenden Dritten erheben. Allerdings ist es dem Muter verwehrt, den Zivilrechtsweg und den Verwaltungsrechtsweg neben- oder nacheinander zu beschreiten. Wenn der Muter die Klage auf dem

1) Der Sache nach könnte man hier auch von einer vorsichtigen Erweiterung der Einrede der Rechtshängigkeit sprechen. So POHLE, Festschrift für Lent, S. 224.

einen Rechtsweg erhoben hat, ist vielmehr die Klage auf dem anderen Rechtsweg mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig. Der Muter ist insoweit in der freien Wahl der Rechtsschutzwege beschränkt.

2. Abschnitt: Der Rechtsschutz Dritter

A. Rechtsbehelfe der am Verleihungsverfahren beteiligten Dritten

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Wie der Muter den die Verleihung des Bergwerkseigentums versagenden Beschluß des Oberbergamtes auf dem Verwaltungsrechtsweg angreifen kann[1], so können die an dem Verleihungsverfahren beteiligten Dritten[2], deren Einsprüche und Ansprüche zurückgewiesen worden sind, den die Verleihung des Bergwerkseigentums aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes[3] zunächst ebenfalls mit den Rechtsbehelfen des Verwaltungsgerichtsverfahrens anfechten. Das gilt auch dann, wenn der zurückgewiesene Einspruch mit der Behauptung eines besseren Rechts (z.B. Finder- oder Mutungsvorrecht nach §§ 24, 25 ABG) begründet war, wenn also der Entscheidung des Oberbergamtes ein Streit

---

1) Vgl. dazu oben S. 67 ff. und S. 81 ff.

2) Gem. § 29 ABG sind zu dem nach § 28 ABG über die Mutung abzuhaltenden Schlußtermin die konkurrierenden Muter sowie die Vertreter der durch das begehrte Feld ganz oder teilweise überdeckten und der benachbarten Bergwerke zur Wahrnehmung ihrer Rechte zu laden.

3) Die Entscheidung über die Einsprüche und Ansprüche Dritter erfolgt gem. § 31 I ABG zusammen mit der Entscheidung über den Verleihungsanspruch. Vgl. ISAY § 31 Rdn. 4; RB v. 6.3.1923 = ZfB 64, 302.

zwischen dem Muter und einem Dritten wegen ihres besseren Rechts zugrunde liegt. Der Verwaltungsrechtsweg ist in diesem Fall für den Dritten durch § 31 II i. Vbdg. m. § 23 ABG[1] ebensowenig ausgeschlossen wie für den abgewiesenen Muter durch § 23 ABG, da diese Vorschrift - wie wir gesehen haben[2] - keine Zuweisungsvorschrift i. S. von § 40 I 2 VwGO ist, sondern lediglich klarstellt, daß der Streit um das private Recht aus der Mutung vor die ordentlichen Gerichte gehört.

Da der mit seinem Einspruch abgewiesene Dritte sich gegen den die Verleihung des Bergwerkseigentums aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes wendet, Ziel der verwaltungsgerichtlichen Klage also die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ist, hat der Dritte nach § 42 I VwGO die Klage als Anfechtungsklage zu erheben[3].

---

1) Wie sich aus der Formulierung "Sofern Einsprüche und Ansprüche ... vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden können ..." ergibt, trifft § 31 II ABG keine Bestimmung darüber, in welchen Fällen der ordentliche Rechtsweg für den mit seinem Einspruch zurückgewiesenen Dritten zulässig ist, sondern setzt nur eine Frist für die Einspruchsklage fest. Die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges hängt vielmehr davon ab, auf welchen Grund der Einspruch gestützt ist, ergibt sich also bei der Behauptung eines besseren Rechts aus § 23 ABG. Vgl. Motive der Kommission des Herrenhauses, bei HAHN S. 110; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 9; ISAY § 31 Rdn. 12.

2) Vgl. oben S. 81 - 140.

3) Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Dritte den Einspruch auf eine eigene widerstreitende Mutung gestützt hat. Hat das Oberbergamt in diesem Fall nicht nur die Verleihung des Bergwerkseigentums an den konkurrierenden Muter ausgesprochen und dabei den Einspruch des Dritten zurückgewiesen, sondern überdies auch die Mutung des Einsprechenden selbst bereits abgewiesen, so muß der Dritte die Verpflichtungsklage erheben, um die Verleihung des Bergwerkseigentums an sich zu erreichen. Die Verpflichtungsklage des Dritten ist in diesem Fall darauf gerichtet, zunächst den seinen Verleihungsantrag ablehnenden sowie den die Ver-

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage ist nach § 42 II VwGO, daß der Dritte geltend macht, durch den Verleihungsbeschluß in seinen Rechten verletzt zu sein. Aus den Behauptungen des Dritten muß sich der Schluß ziehen lassen, daß eine Verletzung seiner Rechte vorliegt, falls der Verleihungsbeschluß objektiv rechtswidrig ist[1]. Eine Verletzung der Rechte des Dritten kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Einspruch des Dritten auf bereits bestehendes Bergwerkseigentum, auf eine widerstreitende ältere Mutung (vgl. § 25 ABG), auf ein Findervorrecht (vgl. § 24 ABG) sowie auf ein Mutungsvorrecht als Bergwerkseigentümer (vgl. § 55 ABG) gestützt war. Dagegen steht z.B. dem benachbarten Bergwerkseigentümer, der seinen im Verleihungsverfahren geltend gemachten Einspruch damit begründet hat, daß die Mutung nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, es also z.B. an der Fündigkeit oder Abbauwürdigkeit fehle, ein Klagerecht nicht zu. Als eigenes Recht des Dritten, das verletzt sein könnte, kommt in diesem Fall nur das benachbarte Bergwerkseigentum in Betracht. Dieses Recht wird aber durch den angefochteten Verleihungsbeschluß nicht berührt. Nun ist zwar in § 29 Ziff. 2 ABG bestimmt, daß auch die Vertreter der benachbarten Bergwerke zur Wahrnehmung ihrer Rechte zum Schlußtermin (vgl. § 28 ABG) zu laden sind. Die Vorschrift des § 29 ABG gewährt jedoch dem benachbarten Bergwerkseigentümer keine zusätzlichen Rechte im Sinne des § 42 II VwGO.

---

leihung an den konkurrierenden Muter aussprechenden Beschluß des Oberbergamtes aufzuheben (Neutralisationsfunktion der Verpflichtungsklage) und dann ihm das Bergwerkseigentum zu verleihen. Vgl. dazu im einzelnen die schon bei den Rechtsbehelfen des abgewiesenen Muters oben S.141 ff. zu dieser Situation gemachten Ausführungen.

1) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III; OVG Münster, Urt. v. 17.11.1962 = ZfB 104, 88, 91.

Selbst wenn man unterstellt, daß die nach § 29 ABG zum Schlußtermin zu Ladenden auch allgemeine öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte gegen die Mutung vorbringen können, folgt daraus nicht, daß ihnen deswegen auch die Anfechtungsklage zusteht[1].

Ebenso wie die Verpflichtungsklage des abgewiesenen Muters ist auch die Anfechtungsklage des beteiligten Dritten nur zulässig, wenn zuvor ein verwaltungsbehördliches Vorverfahren stattgefunden hat (vgl. § 68 VwGO). Der Dritte muß also zunächst binnen eines Monats nach Zustellung des Verleihungsbeschlusses[2] Widerspruch einlegen (vgl. §§ 69, 70 VwGO). Innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides des Oberbergamtes kann er dann die Anfechtungsklage erheben (vgl. §§ 73, 74 VwGO). Sie ist gem. § 78 I Ziff. 2 VwGO i. Vbdg. m. § 5 II nwAG VwGO gegen das Oberbergamt zu richten und gem. § 52 Ziff. 1 VwGO bei dem Gericht der belegenen Sache einzureichen[3]. Ist der Verleihungsbeschluß rechtswidrig und verletzt er den Dritten dadurch in seinen Rechten, so hebt das Verwaltungsgericht den Verleihungsbeschluß und den ihn bestätigenden Widerspruchsbescheid auf (vgl. § 113 I VwGO)[4].

---

1) OVG Münster, Urt. v. 17.11.1962 = ZfB 104, 88, 93; ebenso EBEL-WELLER § 31 Anm. 1 und MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 c 1. A.A. LVG Aachen, Urt. v. 10.2.1960 - 1 K 92/57 - (unveröffentlicht), das in § 29 ABG ein formales subjektives Recht auf eine fehlerfreie Entscheidung über den Verleihungsantrag sieht, das dem benachbarten Bergwerkseigentümer nicht versagt werden dürfe.

2) Vgl. § 31 I ABG.

3) Vgl. oben S. 78 f.

4) Zu den Einzelheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sowie zu den Rechtsmitteln gegen ein klageabweisendes Urteil des Verwaltungsgerichts vgl. die Darstellung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe des Muters oben S. 67 - 80.

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz

War der Einspruch des Dritten auf die Behauptung eines besseren Rechts gestützt, besteht also zwischen dem Muter und dem Dritten Streit wegen ihres besseren Rechts, so kann der Dritte außer dem Verwaltungsrechtsweg auch den Zivilrechtsweg beschreiten und die Einspruchsklage des § 31 II ABG gegen den Muter erheben. Die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges ergibt sich in diesem Fall jedoch nicht schon aus der Vorschrift des § 31 II ABG. Wie die Worte "Sofern Einsprüche und Ansprüche ... vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden können" in § 31 II ABG ergeben, kann dieser Vorschrift unmittelbar nicht entnommen werden, in welchen Fällen dem Einsprechenden der ordentliche Rechtsweg gegenüber dem Muter eröffnet ist. § 31 II ABG enthält keine Bestimmung über die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges, sondern setzt nur die Klagefrist fest[1]. Die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges hängt vielmehr davon ab, auf welchen Grund der Einspruch gestützt wird. Macht der Einsprechende ein besseres Recht geltend, so ist bereits durch § 23 ABG klargestellt, daß der ordentliche Rechtsweg gegeben ist. Macht der Dritte jedoch lediglich einen Mangel im Anspruch des Muters geltend, so hat er keine Klagemöglichkeit vor dem ordentlichen Gericht[2]. Die Einspruchsklage kann demnach vor allem mit einem Mutungsvorrecht gem. § 25 ABG, mit einem Findervorrecht gem.§ 24 ABG sowie mit einem Mutungsvorrecht als Bergwerkseigentümer aus § 55 ABG begründet werden.

---

1) Vgl. Kommissionsbericht des Herrenhauses, bei HAHN S. 110; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 9; ISAY § 31 Rdn. 12.

2) ISAY § 31 Rdn. 12.
Wie oben S. 196 f.dargelegt worden ist, ist in diesem Fall gem. § 42 II VwGO auch die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage mangels Klagebefugnis unzulässig.

Die Einspruchsklage des § 31 II ABG ist gegen denjenigen zu richten, dem das Oberbergamt das Bergwerkseigentum durch Beschluß nach § 31 I ABG verliehen hat. Das ist zwar in § 31 ABG nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der entsprechenden Anwendung des § 35 II ABG, der mit § 31 II ABG in engem Zusammenhang steht[1]. Wie die Verleihungsklage ist auch die Einspruchsklage eine Feststellungsklage. Sie ist darauf gerichtet, das Vorzugsrecht des Dritten festzustellen[2]. Die Einspruchsklage ist in entsprechender Anwendung des § 24 ZPO im dinglichen Gerichtsstand zu erheben. Ausschließlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk das Bergwerk liegt[3]. Um möglichst rasch Sicherheit über den Bestand des Bergwerkseigentums herbeizuführen, ist die Einspruchsklage gem. § 31 II u. III ABG an eine Ausschlußfrist von

---

1) ISAY § 31 Rdn. 14; EBEL-WELLER § 31 Rdn. 1.

2) Vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE §§ 30 - 36 Anm. 9 und §§ 22, 23 Anm. 4 f; BRASSERT-GOTTSCHALK § 31 Anm. 15; EBEL-WELLER § 31 Anm. 1; App.-Gericht Naumburg, Erk. v. 15.11.1869 = ZfB 11, 334, 342; ObTrib., Erk. v. 4.6.1875 = ZfB 16, 509, 517; RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257, 258 = ZfB 41, 223, 224; RG, Urt. v. 10.7.1907 = ZfB 48, 537, 538.

Ist die Mutung des Einsprechenden selbst bereits vom Oberbergamt abgewiesen, so ist die Einspruchsklage materiell mit der Verleihungsklage des § 23 ABG verbunden, da sie sich in diesem Fall nicht nur gegen die Verleihung des Bergwerkseigentums an den konkurrierenden Muter, sondern auch gegen die Zurückweisung der eigenen Mutung des Dritten wendet (vgl. RG, Urt. v. 3.1.1900 a.a.O.; ISAY § 31 Rdn. 13 u. 14, der jedoch hinsichtlich des Klageantrags abweicht; vgl. auch die Ausführungen zur Verleihungsklage oben S. 168 f.).

3) EBEL-WELLER § 23 Anm. 1 = S. 84; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 3 c 1; ISAY § 31 Rdn. 14 a; RG, Urt. v. 14.4.1888 = RGZ 21, 225 = ZfB 29, 401. Vgl. auch die Darstellung der Zuständigkeit bei der Verleihungsklage oben S. 156 - 161; die dort erörterten Gesichtspunkte gelten auch für die Einspruchsklage.

drei Monaten ab Zustellung des Verleihungsbeschlusses des Oberbergamtes (vgl. § 31 I ABG) gebunden. Hat der Dritte gem. § 69 VwGO Widerspruch gegen den Beschluß eingelegt, so beginnt die Frist für die Einspruchsklage erst mit der Zustellung des Widerspruchsbescheides, also mit der abschließenden Entscheidung des Oberbergamtes zu laufen[1]. Voraussetzung für den Beginn der Klagefrist ist in jedem Fall, daß das Oberbergamt im Verleihungsbeschluß bzw. Widerspruchsbescheid über das vermeintliche Recht des Dritten, wenn auch ohne sein ausdrückliches Vorbringen, entschieden hat[2]. Ist das nicht der Fall, so ist nicht die Einspruchsklage, sondern nur die Widerspruchsklage des § 35 ABG zulässig, vorausgesetzt, daß deren besondere Voraussetzungen gegeben sind[3].

Aus denselben Gründen, die schon für das gerichtliche Verfahren bei der Verleihungsklage angeführt worden sind[4], ist auch bei der Einspruchsklage die Dispositionsmaxime als ausgeschlossen anzusehen[5].

Ergeht auf die Einspruchsklage ein obsiegendes Urteil, so ist, wie sich aus der entsprechenden Anwendung des § 35 IV ABG ergibt, auch das Oberbergamt an diese Entscheidung gebunden. Der Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes verliert seine Kraft. Die Verleihungsurkunde kann vom Oberbergamt nicht ausgefertigt werden. Ist sie bereits ausgestellt, so muß sie nach-

---

1) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 b 2 und die Ausführungen zum Beginn der Klagefrist bei der Verleihungsklage oben S. 173 - 176, die auch für die Einspruchsklage gelten.

2) MIESBACH-ENGELHARDT § 31 Rdn. 2 b und 3 c 1; ISAY § 29 Rdn. 2 und § 31 Rdn. 15.

3) ISAY § 31 Rdn. 15. - Zur Widerspruchsklage vgl. unten S. 212 ff.

4) Vgl. oben S. 177 f.

5) Vgl. ISAY § 31 Rdn. 16; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 e.

täglich wieder aufgehoben werden[1].

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg

Am Verleihungsverfahren beteiligte Dritte, deren Einsprüche und Ansprüche durch den Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes zurückgewiesen worden sind, können einmal den Verwaltungsrechtsweg beschreiten und gem. § 42 VwGO Anfechtungsklage gegen den Beschluß des Oberbergamtes erheben, indem sie geltend machen, durch die Verleihung des Bergwerkseigentums in ihren Rechten verletzt zu sein. War der Einspruch mit der Behauptung eines besseren Rechts begründet, so können die zurückgewiesenen Dritten auch die zivilgerichtliche Einspruchsklage des § 31 II ABG gegen den beliehenen Muter erheben. Wie bei den Rechtsbehelfen des Muters ist jedoch auch bei den Rechtsbehelfen Dritter das Rechtsschutzbedürfnis nur für einen der beiden Klagewege gegeben, da es sich bei der verwaltungsgerichtlichen und der zivilgerichtlichen Klage um gleichwertige Rechtsschutzarten handelt, die zu demselben Ziel führen, nämlich zur Verhinderung der Verleihung oder zur Wiederaufhebung der bereits ausgefertigten Verleihungsurkunde. Hat der Dritte demnach die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage erhoben, so ist die später bei dem ordentlichen Gericht eingereichte Einspruchsklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Hat er dagegen zuerst die Einspruchsklage erhoben, so ist die spätere Klage vor dem Verwaltungsgericht unzulässig. Das Wahlrecht des Dritten hinsichtlich der

---

1) ISAY § 31 Rdn. 17; MIESBACH-ENGELHARDT § 31 ABG Rdn. 3 c 1; EBEL-WELLER § 31 Anm. 1 = S. 94.

Rechtsschutzwege entfällt also durch Ausübung[1].

B. Rechtsbehelfe der am Verleihungsverfahren nicht beteiligten Dritten

I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Um das Bergwerkseigentum auch gegen solche widerstreitenden Ansprüche zu sichern, die im Verleihungsverfahren übersehen worden sind, ist in den §§ 35, 36 ABG ein Aufgebotsverfahren vorgesehen worden, das alle, die noch Gegenansprüche geltend machen können, zwingt, sie innerhalb von drei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung der Verleihung zu erheben. Nach Ablauf dieser Ausschlußfrist ist das Bergwerkseigentum kollidierenden Rechten gegenüber unangreifbar[2]. Diese Regelung ist jedoch nur für die Anfechtung der Verleihung auf dem Zivilrechtsweg geschaffen. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sieht das Berggesetz ein derartiges Aufgebotsverfahren nicht vor[3]. Es fragt sich aber, ob nicht gleichwohl die Anfechtbarkeit des Bergwerkseigentums auch auf dem Verwaltungsrechtsweg einer zeitlichen Begrenzung unterliegt.

Für die am Verleihungsverfahren Beteiligten, d.h. für alle, über deren Einsprüche und widerstreitenden Rechte in dem Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG entschieden worden ist, wird die Verleihung des Bergwerkseigentums auf dem Verwaltungsrechtsweg unanfechtbar, wenn ihnen der Verleihungsbeschluß zugestellt worden ist und die Anfechtungsfri-

---

1) Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen zum Verhältnis der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Rechtsbehelfe des Muters oben S. 178 - 193, die hier entsprechend gelten.

2) Vgl. ISAY § 35 Rdn. 1.

3) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 b.

sten der Verwaltungsgerichtsordnung abgelaufen sind[1]. Die am Verleihungsverfahren Beteiligten müssen also innerhalb eines Monats nach Zustellung des Verleihungsbeschlusses Widerspruch erheben, um ihre Anfechtungsbefugnis nicht zu verlieren (§ 31 I ABG, § 70 VwGO)[2]. Nun ist es jedoch möglich, daß ein durch die Verleihung des Bergwerkseigentums Betroffener (vgl. § 42 II VwGO) nicht zum Verleihungsverfahren zugezogen worden ist und ihm infolgedessen auch der Verleihungsbeschluß (§ 31 I ABG) nicht bekanntgegeben worden ist. Dieser Mitbetroffene könnte die Verleihung auch noch später anfechten; denn für ihn beginnen die Anfechtungsfristen der Verwaltungsgerichtsordnung gem. § 70 VwGO (Widerspruchsfrist) erst dann zu laufen, wenn die Verleihung des Bergwerkseigentums auch ihm bekanntgegeben worden ist. Bei der Verleihung des Bergwerkseigentums verhält es sich insoweit ebenso wie bei anderen Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen: Mit der Bekanntgabe an den Adressaten (Muter) wird der Verwaltungsakt (die Verleihung des Bergwerkseigentums) allen Betroffenen (vgl. § 29 ABG) gegenüber existent und wirksam. Auch dem Mitbetroffenen gegenüber, dem der Verwaltungsakt nicht bekanntgegeben worden ist, ist die durch ihn getroffene öffentlich-rechtliche Regelung zunächst einmal maßgeblich. Wann der Verwaltungsakt unanfechtbar (formell bindend) wird, ist dagegen für jeden Betroffenen einzeln zu beantworten. Es ist deshalb durchaus möglich, daß die Unanfechtbarkeit den einzelnen Betroffenen gegenüber zu ganz verschiedenen Zeitpunkten eintritt. Wirkt

---

1) Ficht ein Beteiligter die Verleihung rechtzeitig an, so wird sie erst dann unanfechtbar, wenn die Entscheidung, die den eingelegten Rechtsbehelf zurückweist oder verwirft, ihrerseits nicht mehr angefochten werden kann (vgl. HAUEISEN, DÖV 1961, 121, 125 und NJW 1964, 2037).

2) Vgl. oben S. 197 und S. 76 FN 3.

nämlich ein Verwaltungsakt, der einem Mitbetroffenen nicht bekanntgegeben worden ist, gerade diesem Betroffenen gegenüber belastend, so kann er von ihm auch dann noch angefochten werden, wenn er anderen Betroffenen gegenüber schon unanfechtbar geworden ist; ihm gegenüber kann der Verwaltungsakt nicht unanfechtbar werden, solange er nicht auch ihm bekanntgegeben ist (vgl. §§ 70, 74 VwGO). Erst dann, wenn der Verwaltungsakt allen Betroffenen gegenüber unanfechtbar (formell bindend) geworden ist, wird er schließlich auch für alle Betroffenen materiell bindend[1].

Ist demnach davon auszugehen, daß die Verleihung des Bergwerkseigentums für einen am Verleihungsverfahren nicht beteiligten Dritten nicht unanfechtbar werden kann, solange sie nicht auch ihm bekanntgegeben worden ist, so bleibt doch zu untersuchen, ob dieser Grundsatz uneingeschränkt gilt. Würde man ihn ohne jede zeitliche Einschränkung bejahen, so hätte das eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge; der mit dem Bergwerkseigentum Beliehene bliebe stets der Gefahr ausgesetzt, seine Rechte nachträglich wieder zu verlieren, weil z.B. ein am Verleihungsverfahren nicht beteiligter konkurrierender Muter die Verleihung des Bergwerkseigentums auf dem Verwaltungsrechtsweg noch mit Erfolg anfechten könnte. Die in §§ 35, 36 ABG für den Zivilrechtsweg getroffene Regelung würde damit weitgehend illusorisch[2].

Von Stich ist die Auffassung vertreten worden, daß die Anfechtung in einem derartigen Fall nach Ablauf der einjährigen Ausschlußfrist, wie sie nunmehr in

---

1) HAUEISEN, NJW 1964, 2037, 2039 f.; vgl. dazu auch FROMM, VerwArch. 56, 26, 47 f. und PETERS, DöV 1965, 744, 752 FN 102 a.

2) Vgl. auch oben S. 15 f.

§ 58 II VwGO enthalten ist, nicht mehr zulässig sei[1]. Auch der bayrische Verwaltungsgerichtshof hat neuerdings die Ansicht vertreten, daß die Jahresfrist des § 58 II VwGO auch einem belasteten Dritten gegenüber, der der Verwaltungsakt nicht bekanntgegeben worden sei, vom Zeitpunkt der Zustellung des Verwaltungsaktes an den begünstigten an zu laufen beginne[2]. § 58 II VwGO sieht jedoch eine Ausschlußfrist nur für den Fall der unterbliebenen oder unrichtigen Rechtsmittelbelehrung vor[3], setzt aber jedenfalls die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes voraus. Fehlt die Bekanntgabe, so beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen[4]. Ein anderer Lösungsvorschlag kommt von Ule. Er weist auf den Gedanken der Verwirkung hin[5]. Ob man eine Verwirkung des Anfechtungsrechts annehmen kann, erscheint jedoch als sehr fraglich. Dagegen spricht vor allem, daß die Wurzeln des Instituts der Verwirkung in dem

---

1) DVBl. 1957, 646, 648.

2) VGH München, Urt. v. 17.4.1964 = DVBl. 1965, 33.

3) Nach § 58 I VwGO beginnt die Frist für ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nur zu laufen, wenn dem Beteiligten eine schriftliche Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist.

4) FORMI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 69 - 73 Anm. II = S. 255; BERNHARDT, JZ 1963, 302, 308; PETERS, DÖV 1963, 744, 752 FN 102 a; LIEBMANN-SCHMITZ, DVBl. 1963, 91, 92; HILLERMEIER, NJW 1965, 2048, 2049 f.; SCHEUNER, DVBl. 1957, 743, 747; SCHLICHTING, Neuordnungsrecht, S. 213.

5) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 69 - 73 Anm. II a.E. und § 58 Anm. III unter Bezugnahme auf die vor Inkrafttreten der VwGO zur unterbliebenen oder fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung ergangene Rspr., z.B. BVerwG, Urt. v. 1.3.1956 = DVBl. 1956, 520 = NJW 1956, 1213; BVerwG, Beschl. v. 28.5.1957 = DVBl. 1957, 646 = NJW 1957, 1292; BVerwG, Urt. v. 27.6.1956 = BVerwGE 3, 136, 139 f.. Neuerdings hat der Gedanke der Verwirkung in diesem Zusammenhang auch von HILLERMEIER wieder aufgegriffen worden (vgl. NJW 1965, 2048, 2049).

Grundsatz von Treu und Glauben liegen[1]. Damit ist es aber unvereinbar, aus der Verwirkung eine allgemeine Ausschlußfrist gleich von welcher Dauer abzuleiten. Wie jeder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Rechtsgedanke kann auch der Gedanke der Verwirkung nur dort gelten, wo auf Grund der besonderen Umstände des einzelnen Falles sonst eine billige und gerechte Lösung nicht möglich ist[2]. Die Tatsachen des Zeitablaufs und der bloßen Untätigkeit des Betroffenen[3] vermögen allein die Annahme einer Verwirkung der Anfechtungsbefugnis nicht zu rechtfertigen. Hinzutreten müssen vielmehr weitere Umstände, die die verspätete Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen[4]. Solange die Verleihung des Bergwerkseigentums dem Mitbetroffenen nicht bekannt gemacht ist, kann jedoch von einem solchen treuwidrigen Verhalten nicht die Rede sein. Aus dem Gedanken der Verwirkung läßt sich demnach in unserem Fall eine allgemeine zeitliche Begrenzung der Anfechtungsbefugnis des am Verleihungsverfahren nicht beteiligten Dritten nicht herleiten.

Eine zeitliche Begrenzung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsbefugnis des durch die Verleihung des Bergwerkseigentums mitbetroffenen Dritten könnte sich aber auf Grund der §§ 35, 36 ABG ergeben, die eine Ausschlußfrist für die Geltendmachung wi-

---

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY § 228 IV 2 = S. 1394; FORSTHOFF, Lb., § 9 = S. 157 ff.; H.J. WOLFF, VerwR I, § 37 III e 1; jeweils m. w. Nachw.

2) Vgl. STICH, DVBl. 1957, 646, 648.

3) So aber BVerwG, Beschl. v. 28.5.1957 = DVBl. 1957, 646.

4) Vgl. FORSTHOFF, Lb., § 9 = S. 158; KLINGER, Anm. C vor § 124; STICH, DVBl. 1956, 325, 326, DVBl. 1957, 646, 648 u. DVBl. 1959, 234, 237; SOERGEL-SIEBERT § 242 Rdn. 173 ff.; BVerwG, Urt. v. 25.10.1957 = DVBl. 1958, 285; OVG Hamburg, Urt. v. 31.1.1958 = DöV 1958, 306; BVerwG, Urt. v. 25.5.1960 = DVBl. 1960, 678, 679.

derstreitender Mutungsrechte auf dem Zivilrechtsweg vorsehen. Gem. §§ 35, 36 ABG können Muter und Bergwerkseigentümer, die ein Mutungsvorrecht auf das verliehene Feld zu haben glauben, dieses Recht noch innerhalb von drei Monaten nach Bekanntmachung der Verleihung im Amtsblatt durch Klage vor dem ordentlichen Gericht gegen den Bergwerkseigentümer verfolgen, sofern über das Vorrecht nicht bereits im Verleihungsverfahren verhandelt und in dem Beschluß des Oberbergamtes (§ 31 I ABG) entschieden worden ist. Wer von dieser Frist keinen Gebrauch macht, verliert sein etwaiges Vorrecht (vgl. § 35 III ABG). Da diese Ausschlußfrist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 35 I ABG nur für das zivilgerichtliche Verfahren gilt, kann zwar die Regelung der §§ 35, 36 ABG eine unmittelbare verfahrensrechtliche Bedeutung für das Verwaltungsgerichtsverfahren nicht haben[1]. Die Vorschriften der §§ 35, 36 ABG beschränken sich jedoch nicht auf die Festsetzung einer verfahrensrechtlichen Ausschlußfrist für den Zivilprozeß. Es handelt sich bei ihnen vielmehr auch um eine Regelung des materiellen Rechts. Durch §§ 35, 36 ABG werden die Gegenansprüche Dritter als solche zeitlich beschränkt. Der Verleihung des Bergwerkseigentums entgegenstehende Rechte, die nicht fristgemäß geltend gemacht worden sind, werden aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen. Sind aber nach Ablauf der in § 35 ABG vorgesehenen Frist die Gegenansprüche Dritter als solche untergegangen, so wird damit die Anfechtung der Verleihung des Bergwerkseigentums auch auf dem Verwaltungsrechtsweg unzulässig[2]. Es fehlt dann die

---

1) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 b.

2) In einem in etwa vergleichbaren Fall hat das OVG Münster entschieden, daß die Vorschrift des § 67 I PrWG, wonach diejenigen, die der beantragten Verleihung eines Wasserrechts nicht innerhalb einer bestimmten Frist widersprochen, ihr Widerspruchs- und Anfechtungsrecht verlieren, unter der Herrschaft der MRVO 165 und der VwGO nicht als Verfahrensvorschrift, sondern nur als Vor-

gem. § 42 II VwGO erforderliche Klagebefugnis[1]. Nach dieser Vorschrift ist die Verwaltungsgerichtsklage nur zulässig, wenn der Dritte geltend macht, durch die Verleihung des Bergwerkseigentums in seinen Rechten verletzt zu sein; d.h., der Dritte muß Behauptungen aufstellen, aus denen sich der Schluß ziehen läßt, daß eine Verletzung seiner Rechte vorliegt, falls die Verleihung objektiv rechtswidrig ist[2]. Da nach Ablauf der in § 35 ABG festgesetzten Fristen die entgegenstehenden Rechte Dritter erloschen sind, kommt eine Verletzung ihrer Rechte nicht mehr in Betracht. Die Verwaltungsgerichtsklage ist infolgedessen mangels Klagebefugnis unzulässig[3].

---

schrift des materiellen Rechts fortgegolten haben kann (OVG Münster, Urt. v. 12.6.1962 = DöV 1963, 703, 704). In den Urteilsgründen wird dabei der Gedanke der Rechtssicherheit hervorgehoben und ausgeführt, daß ohne einen solchen Ausschluß die Gefahr bestehe, daß ein Verleihungsbeschluß von betroffenen Personen, denen der Verleihungsbeschluß nicht zugestellt sei, weil sie der verleihenden Behörde nicht bekannt waren, noch nach Jahren angefochten werden könne (a.a.O. S. 704). Zustimmend FROMM, VerwArch. 56, 25, 49 f.

1) Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Rspr. des BVerwG zur Klagebefugnis bei Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen. Das BVerwG hat hier in mehreren Entscheidungen die Verneinung der Klagebefugnis eines Dritten u.a. unmittelbar damit begründet, daß die Anerkennung der Klagebefugnis eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte, da der Dritte, dem der Verwaltungsakt nicht bekannt gemacht sei, dann noch nach Jahren anfechten könne. Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 31.1.1958 = BVerwGE 6, 167, 173 und Urt. v. 6.11.1959 = BVerwGE 9, 302, 306. Kritisch BERNHARDT, JZ 1963, 302, 308 FN 52, der meint, die Gefahr der Rechtsunsicherheit könne den rigorosen Ausschluß der Klagebefugnis jedenfalls generell nicht rechtfertigen.

2) Vgl. ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. III 1 a = S. 121 f.

3) Im Ergebnis wohl ebenso MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 c; dort heißt es, die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage könne nur auf die Verletzung von Rechten gestützt werden, die nicht schon auf Grund von § 35 III ABG ausgeschlossen seien.

Um den Umfang zu bestimmen, in dem am Verleihungsverfahren nicht beteiligte Dritte mit ihren widerstreitenden Rechten ausgeschlossen sind, muß auf die Regelung der §§ 35, 36 ABG näher eingegangen werden.

Wie wir bereits gesehen haben, steht das Klagerecht für die Widerspruchsklage nach § 35 II ABG nur konkurrierenden Mutern und Bergwerkseigentümern (vgl. §§ 36, 55 I ABG) zu, die ein Mutungsvorrecht gegenüber der Verleihung geltend machen. Dabei setzt das Klagerecht voraus, daß über den bevorrechtigten Verleihungsanspruch nicht schon im Verleihungsverfahren verhandelt und im Beschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG entschieden worden ist. Klagegrund der Widerspruchsklage nach § 35 ABG ist also lediglich eine widerstreitende Mutung; andere Rechte (z.B. älteres Bergwerkseigentum) genießen ihren Rechtsschutz nicht. Aus dem Umstand, daß § 35 ABG von den anderen Rechten schweigt, kann zweierlei geschlossen werden: Einmal kann man annehmen, daß sich die Frist des § 35 ABG nicht auf sie bezieht, daß andere Rechte also noch innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von dreißig Jahren durch Klage geltend gemacht werden können; zum anderen kann man folgern, daß die Klagemöglichkeit für andere Rechte als die in §§ 35, 36 ABG genannten nicht gegeben sein soll. - Geht man von dem mit der Regelung der §§ 31 und 35, 36 ABG verfolgten Zweck aus, möglichst bald unanfechtbares und damit ein gesichertes und kreditfähiges Bergwerkseigentum zu schaffen[1], so ergibt sich, daß die erstgenannte Folgerung ausgeschlossen ist; mit der Sicherheit des Bergwerkseigentums ist eine Anfechtungsmöglichkeit innerhalb der normalen dreißigjährigen Verjährungsfrist nicht vereinbar. Es bleibt daher nur die zweite Folgerung: Nach Abschluß des Verleihungsverfahrens kann das Bergwerkseigentum auf Grund ande-

1) Vgl. Motive des Regierungsentwurfs, ZfB 6, 117 und bei HAHN S. 112 f.

rer als der in §§ 35, 36 ABG genannten Rechte nicht mehr angefochten werden[1]. Die §§ 35, 36 ABG enthalten mithin Ausnahmen von der nach Abschluß des Verleihungsverfahrens grundsätzlich anerkannten Unanfechtbarkeit des Bergwerkseigentums[2].

Unsere Frage nach den zeitlichen Grenzen, in denen durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffene Dritte, die am Verleihungsverfahren nicht beteiligt waren, das Bergwerkseigentum auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten können, ist demnach wie folgt zu beantworten: Nach Abschluß des Verleihungsverfahrens, d.h. nach Ausfertigung und Aushändigung der Verleihungsurkunde (vgl. §§ 30, 32 ABG), ist die Anfechtung der Verleihung des Bergwerkseigentums auf dem Verwaltungsrechtsweg ebenso wie auf dem Zivilrechtsweg grundsätzlich ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn die Anfechtungsfristen der Verwaltungsgerichtsordnung mangels Bekanntgabe der Verleihung an den Dritten für diesen überhaupt noch nicht zu laufen begonnen haben. Da widerstreitende Rechte Dritter mit dem Abschluß des Verleihungsverfahrens grundsätzlich erlöschen, fehlt insoweit die nach § 42 II VerwGO erforderliche Klagebefugnis; d.h., die Rechtsbehelfe der Verwaltungsgerichtsordnung sind unzulässig, weil eine Rechtsverletzung nicht mehr in Betracht kommt. Lediglich dann, wenn der Dritte geltend macht, in einem Mutungsvorrecht verletzt zu sein (vgl. §§ 35, 36 ABG), kann die Verleihung noch innerhalb von drei Monaten nach Ausgabe

---

1) ISAY § 35 Rdn. 6; ARNDT, Komm., 9. Aufl., § 35 Anm. 3; BRASSERT-GOTTSCHALK § 35 Anm. 2; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 6 u. 7; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 35 Anm. 5; KLOSTERMANN, ZfB 25, 151, 155; REUSS-GROTEFEND-DAPPRICH § 35 Anm. 1; EBEL-WELLER § 35 Anm. 2. Abweichend ACHENBACH, Deutsches Bergrecht, S. 442 ff. und ZfB 10, 94, 99 f. und wohl auch MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 g.

2) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 35 Anm. 5.

des die Bekanntmachung der Verleihungsurkunde enthaltenden Amtsblattes angefochten werden. Mit dem Ablauf dieser Frist erlöschen auch die Mutungsvorrechte Dritter[1], und damit fehlt auch für die Geltendmachung dieser Rechte die Klagebefugnis.

Soweit der Verwaltungsrechtsweg nach dem Gesagten zulässig ist, gelten die bereits bei den verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen der am Verleihungsverfahren beteiligten Dritten erörterten Verfahrensgrundsätze[2]. Der angeblich bevorrechtigte Muter kann die Verleihung des Bergwerkseigentums mit der Anfechtungsklage des § 42 VwGO gegenüber dem Oberbergamt angreifen, nachdem er zunächst Widerspruch erhoben hat (vgl. §§ 68 ff. VwGO)[3]. Zuständig ist das Gericht der belegenen Sache (§ 52 Ziff. 1 VwGO).

Eine Ausnahme von der zeitlichen Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsbefugnis der am Verleihungsverfahren nicht beteiligten Dritten gilt für den durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffenen Grundeigentümer. Gem. § 38 a ABG kann das Oberbergamt von Amts wegen oder auf Antrag des Grundeigentümers das verliehene Bergwerkseigentum aufheben, wenn festgestellt wird, daß das Bergwerkseigentum zu Unrecht auf ein dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegendes Mineral verliehen worden ist (vgl. § 38 a I ABG). Während nach der älteren Fassung des § 38 a ABG[4] das Antragsrecht des Grund-

1) Vgl. KLOSTERMANN, ZfB 25, 151, 153.

2) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 195 - 197.

3) Ist die Mutung des Dritten selbst bereits in einem anderen Verfahren zurückgewiesen, so muß er die Verpflichtungsklage erheben, da er dann nicht nur die Aufhebung des Bergwerkseigentums, sondern auch dessen Verleihung an sich selbst begehrt. Vgl. oben S. 195 FN 3.

4) Gemeint ist die Fassung vom 24. Sept. 1937 (GS S. 93). Erstmals eingeführt wurde § 38 a ABG durch Gesetz vom 8. Juni 1907 (GS S. 119). Seine ursprüngliche Fassung, die sich auf das Verleihungsverfahren an den dem Staat vorbehaltenen Salzen bezog, ist jedoch bereits durch Gesetz vom

eigentümers an die in § 35 II ABG bestimmte Frist von drei Monaten gebunden war, ist diese Frist nunmehr durch das Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. November 1961 aufgehoben worden[1]. Nach der für Nordrhein-Westfalen geltenden Neufassung des § 38 a ABG[2] ist der Antrag überhaupt nicht mehr fristgebunden. Wird der Antrag zurückgewiesen, so kann der Grundeigentümer diesen Verwaltungsakt innerhalb der Anfechtungsfristen der Verwaltungsgerichtsordnung auf dem Verwaltungsrechtsweg angreifen (vgl. § 38 a II ABG)[3]. Zuständig für die gegen das Oberbergamt zu richtende Verpflichtungsklage ist das Gericht der belegenden Sache[4].

II. Zivilgerichtlicher Rechtsschutz

Bei der Behandlung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe der am Verleihungsverfahren nicht be-

---

3. Jan. 1924 (GS S. 17) wieder aufgehoben worden. Durch das Gesetz vom 24. Sept. 1937 ist dann die im wesentlichen noch heute geltende Regelung über die Aufhebung des Bergwerkseigentums in dem Fall eingeführt worden, daß das Bergwerkseigentum auf ein dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegendes Mineral verliehen worden ist.

1) Vgl. § 2 Ziff. 3 des Bereinigungsgesetzes (GV NW S. 325).

2) PrGS NW Nr. 75 = S. 164.

3) In der Fassung vom 24. Sept. 1937 war in § 38 a II bestimmt, daß der unterlegene Grundstückseigentümer die Nichtverleihbarkeit des Minerals innerhalb eines Monats nach Rechtskraft des Oberbergamtsbeschlusses auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend machen konnte. Um Zweifel darüber auszuräumen, ob gegen die Entscheidung des Oberbergamtes über die Rechtmäßigkeit der Verleihung die Klage vor den ordentlichen Gerichten und - nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel - auch das Verwaltungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten gegeben war, ist § 38 a ABG durch § 2 Ziff. 3 des Bereinigungsgesetzes vom 7. Nov. 1961 derart geändert worden, daß die Möglichkeit der Klage vor den ordentlichen Gerichten beseitigt und nur noch der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zugelassen ist. Vgl. dazu im einzelnen oben S. 84 f. m. Nachw.

4) EBEL-WELLER § 38 a Anm. 2.

teiligten Dritten[1] haben wir bereits gesehen, daß der Gesetzgeber mit den Vorschriften der §§ 35, 36 ABG ein Aufgebotsverfahren eingeführt hat, um konkurrierende Muter, die aus irgendeinem Grunde nicht am Instruktionsverfahren beteiligt waren, zu zwingen, ihre widerstreitenden Ansprüche binnen drei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung der Verleihung durch gerichtliche Klage gegen den Bergwerkseigentümer geltend zu machen. Zweck dieser Regelung ist, möglichst schnell unanfechtbares und damit gesichertes und kreditfähiges Bergwerkseigentum zu schaffen. Die Vorschriften der §§ 35, 36 ABG ergänzen insofern die Bestimmung des § 31 ABG, die dazu dient, nach Möglichkeit schon während des Verleihungsverfahrens alle Einwendungen Dritter zu erledigen[2].

Das Aufgebotsverfahren besteht nach § 35 I ABG darin, daß die Verleihungsurkunde innerhalb von sechs Wochen nach Ausfertigung und Übermittlung der Urkunde an den Bergwerkseigentümer[3] im Amtsblatt der Regierung, in dem das Bergwerk liegt, mit dem Hinweis bekanntgemacht wird, daß ein Widerspruch gegen die Verleihung auf Grund eines entgegenstehenden Anspruchs innerhalb von drei Monaten nach der öffentlichen Bekanntmachung bei Vermeidung seines Verlustes durch Klage vor den ordentlichen Gerichten gegen den Bergwerkseigentümer verfolgt werden muß. Nach Ablauf der Ausschlußfrist kann die Verleihung auch vor den ordentlichen Gerichten nicht mehr angefochten werden,

---

1) Vgl. oben S. 202 ff.

2) Vgl. Motive des Regierungsentwurfs, ZfB 6, 116 ff. und bei HAHN S. 112 f.

3) Vgl. MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 3, die zutreffend darauf hinweisen, daß die Frist entgegen dem Wortlaut nicht mit der Ausfertigung, sondern erst mit der Übermittlung der Urkunde an den Bergwerkseigentümer beginnt. Das folgt daraus, daß das Bergwerkseigentum erst mit der Aushändigung der Urkunde entsteht.

und zwar auch dann nicht, wenn der zur Widerspruchsklage Berechtigte von der Bekanntmachung der Verleihungsurkunde keine Kenntnis erlangt hat[1].

Die Widerspruchsklage kann gem. §§ 35 II, 36 I ABG nur auf ein Mutungsvorrecht gestützt werden. Aus dem Zweck der Vorschriften ergibt sich, daß das Bergwerkseigentum auf Grund anderer als der in §§ 35, 36 ABG genannten Rechte nach Abschluß des Verleihungsverfahrens überhaupt nicht mehr angefochten werden kann[2]. Diese Unanfechtbarkeit gilt auch gegenüber älterem Bergwerkseigentum. In § 36 II ABG ist zwar bestimmt, daß die Rechte bereits verliehenen Bergwerkseigentums durch die Aufforderung und Ausschlußwirkung des § 35 ABG nicht betroffen werden. Das heißt aber nicht, daß der ältere Bergwerkseigentümer auch noch nach Abschluß des Verleihungsverfahrens Klage mit dem Ziel der Aufhebung des jüngeren Bergwerkseigentums erheben kann. Die Vorschrift des § 36 II ABG besagt vielmehr nur, daß der Bestand des verliehenen Bergwerkseigentums durch spätere Verleihungen nicht in Frage gestellt werden kann. Der Inhaber des älteren Bergwerkseigentums kann demnach zwar die Entstehung des jüngeren Bergwerkseigentums nicht mehr angreifen, wohl aber kann er gegen Beeinträchtigungen seines Rechts mit der Eigentumsklage (vgl. §§ 50, 54 ABG i. Vbdg. m. §§ 985, 1004 BGB) innerhalb der gewöhnlichen zivilrechtlichen Verjährungsfrist vorgehen[3].

---

1) BOLDT § 35 Anm. 2; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 1 a; RG, Urt. v. 27.2.1904 = RGZ 57, 147, 149.

2) Vgl. dazu im einzelnen oben S.209 f.m. Nachw..

3) ISAY § 35 Rdn. 6 u. § 36 Rdn. 5; EBEL-WELLER § 36 Anm. 1; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 f; MIESBACH-ENGELHARDT bemerken zutreffend, es könne nicht die Entstehung, aber der Umfang des neuen Bergwerkseigentums bestritten werden. Ebenso auch BRASSERT-GOTTSCHALK § 36 Anm. 2 und § 31 Anm. 3 u. 4. - Abweichend wohl RG, Urt. v. 16.3.1881 = ZfB 23, 107, 110 und VOELKEL, Grundzüge, S. 92.

Fraglich ist, ob die Widerspruchsklage auch auf eine Mutung gestützt werden kann, die erst nach der Verleihung innerhalb der Dreimonatsfrist des § 35 ABG eingelegt worden ist. Da nach dem ganzen Sinn und Zweck der §§ 35, 36 ABG nur diejenigen Ansprüche geschützt werden sollen, die im Verleihungsverfahren aus irgendeinem Grund übergangen worden sind, ist nur solchen Mutungen der Schutz der §§ 35, 36 ABG zuzubilligen, die bereits vor dem Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes eingelegt waren[1]. Dabei ist die Widerspruchsklage gem. § 35 II ABG nur dann zulässig, wenn über den bevorrechtigten Verleihungsanspruch nicht schon im Verleihungsverfahren verhandelt und nach § 31 ABG entschieden ist. Unerheblich ist, ob der konkurrierende Muter zum Schlußtermin (vgl. § 29 ABG) zugezogen war. Auch der zum Schlußtermin zugezogene Muter kann die erfolgte Verleihung des Bergwerkseigentums noch mit der Widerspruchsklage anfechten, wenn nur über das geltend gemachte Vorzugsrecht nicht bereits in dem Beschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG entschieden ist. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, daß die Klage aus § 35 ABG nur solchen Berechtigten zustehen soll, die zu dem Schlußtermin des § 28 ABG gar nicht zugezogen waren[2].

Wie die Verleihungs- und die Einspruchsklage ist auch die Widerspruchsklage des § 35 ABG eine Feststellungsklage. Sie ist darauf gerichtet, das Vorrecht des

---

1) KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 35 Anm. 5; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 6 b; BRASSERT-GOTTSCHALK § 35 Anm. 2; ISAY § 35 Rdn. 6 = S. 302; BOLDT § 35 Anm. 2; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 b; EBEL-WELLER § 35 Anm. 2; ObTrib., Erk. v. 23.3. 1877 = ZfB 18, 248; ObTrib., Erk. v. 12.5.1879 = ZfB 21, 243, 247; RG, Urt. v. 16.3.1881 = ZfB 23, 107, 110; abweichend ACHENBACH, ZfB 10, 94, 99 ff.; ObTrib., Erk. v. 20.6.1873 = ZfB 14, 391.

2) RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41, 223; ISAY § 35 Rdn. 8; MIESBACH-ENGELHARDT § 35 ABG Rdn. 6 c.

konkurrierenden Muters festzustellen[1]. In entsprechender Anwendung des § 24 ZPO ist die Widerspruchsklage im dinglichen Gerichtsstand zu erheben[2]. Aus denselben Gründen, die bereits bei der Verleihungsklage und bei der Einspruchsklage dargelegt worden sind[3], kann die Dispositionsmaxime des Zivilprozesses auch für die Widerspruchsklage aus § 35 ABG keine Geltung haben[4].

Hat der konkurrierende Muter mit der Widerspruchsklage obsiegt, so ist das Bergwerkseigentum damit noch nicht automatisch aufgehoben. Unmittelbar wirkt das Urteil zunächst nur zwischen den Parteien. Die Gerichte erkennen nicht auf Aufhebung der Beschlüsse der Bergbehörden, sondern entscheiden nur über das geltend gemachte Vorzugsrecht. Gem. § 35 IV ABG ist jedoch auch das Oberbergamt an die Feststellungen des Urteils gebunden; es ist verpflichtet, die Verleihungsurkunde je nach Lage des Falles aufzuheben

---

1) RG, Urt. v. 3.1.1900 = RGZ 45, 257 = ZfB 41, 223; ISAY § 35 Rdn. 7; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 e; EBEL-WELLER § 35 Anm. 2. Solange über die Mutung des Widersprechenden selbst vom Oberbergamt noch nicht entschieden ist, hat der konkurrierende Muter lediglich die Widerspruchsklage, da in diesem Fall die Verleihungsklage noch nicht zulässig ist (vgl. oben S. 146 f. m. w. Nachw.). Hat jedoch das Oberbergamt auch die Mutung des Widersprechenden bereits zurückgewiesen, so ist die Widerspruchsklage inhaltlich mit der Verleihungsklage des § 23 ABG verbunden, da sie sich in diesem Fall auch gegen die Zurückweisung der konkurrierenden Mutung richtet. Vgl. RG, Urt. v. 3.1.1900 (a.a.O.) und ISAY § 35 Rdn. 3, 4 u. 7, der jedoch hinsichtlich des Klageantrags abweicht. Siehe auch die Ausführungen zur Verleihungsklage, insbes. S. 170 f.

2) ISAY § 35 Rdn. 9; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 e; EBEL-WELLER § 31 Anm. 1.

3) Vgl. oben S. 177 f. und S. 200.

4) ISAY § 35 Rdn. 10; zustimmend MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 6 e.

oder zu ändern. Erst die Vollziehung des Urteils durch die Bergbehörde hebt das Bergwerkseigentum auf[1]. Wirksam wird die Aufhebung oder Abänderung der Verleihungsurkunde mithin erst dann, wenn der Aufhebungs- oder Abänderungsbeschluß dem Bergwerkseigentümer bekannt gegeben ist[2]. Da das Urteil feststellt, was rechtens war, wirkt die Aufhebung oder Abänderung zurück auf den Zeitpunkt der Entstehung des Bergwerkseigentums. Die Vorrechtsmutung, der stattgegeben wird, fällt damit ins Bergfreie; denn die auf Grund der nachträglich abgewiesenen Mutung und der mit ihr verbundenen Feldesstreckung bewirkte Schließung des Feldes ist nunmehr als nicht wirksam anzusehen[3].

III. Das Verhältnis des Verwaltungsrechtsweges zum Zivilrechtsweg

Nach Abschluß des Verleihungsverfahrens besteht für betroffene Dritte, die nicht am Verleihungsverfahren beteiligt waren, grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, die Verleihung des Bergwerkseigentums anzugreifen. Lediglich Muter, die ein Mutungsvorrecht geltend ma-

---

1) RB v. 15.11.1877 = ZfB 19, 130; ISAY § 35 Rdn.12; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 a.

2) Vgl. ISAY § 35 Rdn. 12.

3) ISAY § 35 Rdn. 12 a.E.; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 a; RG, Urt. v. 27.2.1904 = RGZ 57, 147 = ZfB 45, 218.
Sehr streitig ist die Wirkung der Aufhebung oder Abänderung der Verleihungsurkunde auf bereits von Dritten am Bergwerk erworbene Rechte. Einerseits wird angenommen, daß gutgläubige Dritte nach §§ 50 ABG, 892 BGB, 325 ZPO geschützt seien (vgl. ISAY § 35 Rdn. 12; ARNDT, 9. Aufl., § 31 Anm. 3), während andererseits die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs hier als völlig ausgeschlossen angesehen wird (vgl. WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 36 Anm. 7 u. 8; BRASSERT-GOTTSCHALK § 35 Anm. 6; MÜLLER-ERZBACH S. 183; VOELKEL, Grundzüge, S. 92; MIESBACH-ENGELHARDT §§ 35, 36 ABG Rdn. 7 b; vermittelnd KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN, Anm. 6 zu § 35, die unterscheiden, ob das Bergwerkseigentum nur teilweise oder völlig aufgehoben worden ist.).

chen, über das nicht schon im Verleihungsverfahren entschieden worden ist, können die Verleihung noch innerhalb der dreimonatigen Ausschlußfrist des § 35 ABG anfechten[1]. Sie können dabei einmal den Verwaltungsrechtsweg beschreiten und Anfechtungsklage gegen das Oberbergamt erheben; zum anderen können sie vor dem Zivilgericht die Widerspruchsklage des § 35 ABG gegen den Bergwerkseigentümer erheben. Da es sich bei der verwaltungsgerichtlichen und der zivilgerichtlichen Klage um gleichwertige Rechtsschutzarten handelt, die zu demselben Ziel der Aufhebung oder Abänderung der Verleihungsurkunde führen, ist das Rechtsschutzbedürfnis nur für einen der beiden Klagewege gegeben. Der Muter hat die Wahl zwischen dem Verwaltungs- und dem Zivilrechtsweg. Mit der Ausübung entfällt das Wahlrecht[2].

C. Ergebnis

Fassen wir die Untersuchung der Rechtsbehelfe der durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffenen Dritten zusammen, so können wir folgende Ergebnisse festhalten:

Am Verleihungsverfahren beteiligte Dritte, deren Einsprüche und Ansprüche durch den Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG zurückgewiesen worden sind, können die Verleihung des Berg-

---

1) Der Ausnahmefall des § 38 a ABG, wonach die Verleihungsurkunde auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben ist, wenn das Bergwerkseigentum zu Unrecht auf ein Grundeigentümermineral verliehen worden ist, kann hier außer Betracht bleiben, da dort nur der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (vgl. oben S. 211 f.).

2) Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen zum Verhältnis der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Rechtsbehelfe des Muters oben S. 178 - 193, die hier entsprechend gelten.

werkseigentums einmal auf dem Verwaltungsrechtsweg angreifen, indem sie Widerspruch einlegen und nach Abschluß des Widerspruchsverfahrens gem. § 42 VwGO Anfechtungsklage gegen das Oberbergamt erheben. War der durch den Verleihungsbeschluß zurückgewiesene Einspruch auf die Behauptung eines besseren Rechts gestützt, so kann der abgewiesene Dritte auch den Zivilrechtsweg beschreiten und die Einspruchsklage des § 31 II ABG gegen den Muter erheben, dem das Bergwerkseigentum verliehen worden ist. Es ist dem abgewiesenen Dritten jedoch verwehrt, den Verwaltungsrechtsweg und den Zivilrechtsweg neben- oder nacheinander zu beschreiten, da das Rechtsschutzbedürfnis nur für einen Klageweg gegeben ist. Wenn die Klage auf dem einen Rechtsweg erhoben ist, ist die Klage auf dem anderen Rechtsweg mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig.

Am Verleihungsverfahren nicht beteiligte Dritte, die durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffen sind, können die Verleihung des Bergwerkseigentums nach Abschluß des Verleihungsverfahrens grundsätzlich weder auf dem Verwaltungs- noch auf dem Zivilrechtsweg anfechten. Ausnahmen gelten nur für Muter, die ein Mutungsvorrecht geltend machen (vgl. §§ 35, 36 ABG), und für betroffene Grundeigentümer. - Muter, über deren angebliches Mutungsvorrecht nicht schon im Verleihungsverfahren verhandelt und durch den Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes nach § 31 I ABG entschieden worden ist, können die Verleihung des Bergwerkseigentums noch innerhalb der dreimonatigen Ausschlußfrist des § 35 ABG anfechten. Sie können einerseits auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehen und Anfechtungsklage gegen das Oberbergamt erheben; andererseits können sie auch die zivilgerichtliche Widerspruchsklage nach §§ 35, 36 ABG gegen den Bergwerkseigentümer erheben. Ein Rechtsschutzbedürfnis ist jedoch nur für einen der beiden Klagewege gegeben. Das Wahlrecht des Muters bezüglich der Rechts-

wege entfällt infolgedessen durch Ausübung. - Durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffene Grundeigentümer können gem. § 38 a ABG die Aufhebung oder Abänderung der Verleihungsurkunde mit der Begründung beantragen, daß das Bergwerkseigentum zu Unrecht auf ein Grundeigentümermineral verliehen worden sei. Dieses Antragsrecht unterliegt - jedenfalls in Nordrhein-Westfalen - keiner Befristung. Wird der Antrag durch das Oberbergamt zurückgewiesen, so kann der Grundeigentümer diese Entscheidung innerhalb der Anfechtungsfristen der Verwaltungsgerichtsordnung auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechten.

IV. Teil: Der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren und die Bergrechtsreform

I. Notwendigkeit einer Reform des Rechtsschutzes

Die Untersuchung der Rechtsbehelfe im Verleihungsverfahren des ABG hat gezeigt, daß die Ausgestaltung des Rechtsschutzes nach heute geltendem Recht überaus kompliziert und wenig praktikabel ist. Unbefriedigend ist vor allem die Konkurrenz des Zivil- und Verwaltungsrechtsweges. Eine Vereinfachung des Rechtsmittelverfahrens bei der Verleihung des Bergwerkseigentums ist geboten. Bei einer Neugestaltung des Bergrechts in der Bundesrepublik Deutschland wird daher auch das Problem des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren beachtet werden müssen, vorausgesetzt, daß nicht das heutige Verleihungsverfahren ganz entfällt, weil etwa das auf dem Grundsatz der Bergbaufreiheit beruhende Rechtsinstitut des Bergwerkseigentums überhaupt aufgegeben und durch das Konzessionssystem ersetzt wird. Dementsprechend sehen die in neuerer Zeit aufgestell-

ten Entwürfe zu einem Berggesetz[1], nämlich der von Rudolf Isay vorgelegte "Entwurf eines Bundesberggesetzes" und der vom "Arbeitskreis zur Koordinierung bergrechtlicher Vorschriften im Bundesgebiet" erarbeitete "Musterentwurf eines Landesberggesetzes" sowie der hieraus hervorgegangene "Entwurf eines Bundesberggesetzes", die alle an dem bewährten Prinzip der Bergbaufreiheit und damit am Institut des Bergwerkseigentums festhalten, bereits eine Reform des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren vor.

II. Der Isaysche Entwurf eines Bundesberggesetzes

Der von Rudolf Isay im Jahre 1954 vorgelegte Entwurf eines Bundesberggesetzes hält in bewußter Abkehr von planwirtschaftlichen Tendenzen an der wirtschaftsliberalen Konzeption des ABG fest. Er geht vom Prinzip der Bergbaufreiheit aus: Nach § 1 I des Entwurfs sind Mineralien, deren Gewinnung volkswirtschaftlich nützlicher ist als die durchschnittliche landwirtschaftliche Nutzung der Oberfläche, vom Aneignungsrecht des Grundeigentümers ausgeschlossen[2]. Jedermann darf nach diesen bergfreien Mineralien schürfen; ist er fündig geworden, so steht ihm ein Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums für das gefundene

---

1) Zu den Bestrebungen zur Schaffung eines einheitlichen deutschen Bergrechts, insbesondere zur Entwicklung der Bergrechtsreform nach dem zweiten Weltkrieg vgl. BOLDT, Glückauf, 1965, 1117, 1127 ff., insbes. S. 1128 f.

2) In § 1 II ist ein Katalog dieser Mineralien enthalten. Er umfaßt alle wichtigen Mineralien und kann gem. § 1 III unter bestimmten Voraussetzungen vom Bundeswirtschaftsminister ergänzt oder eingeschränkt werden. - Ein staatlicher Vorbehalt soll gem. § 1 V nur für diejenigen Mineralien bestehen, die dem Kernzerfall unterliegen oder ihn ermöglichen. Daneben sieht § 7 die Möglichkeit einer allgemeinen Schürf- und Mutungssperre für Wirtschaftslagen vor, die eine freie Schürftätigkeit als unerwünscht erscheinen lassen.

Mineral zu. In Anlehnung an die Fassung des § 22 ABG ist in § 20 des Entwurfs bestimmt, daß die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums für das begehrte Feld begründet[1].

Das in §§ 21 - 24 des Entwurfs geregelte Verleihungsverfahren ist gegenüber der Regelung des ABG wesentlich gestrafft. Die verwickelten Vorschriften des geltenden Rechts über die Verleihung mit oder ohne besonderen Beschluß (vgl. §§ 30, 31 I ABG) sowie die Anfechtungs- und Klagemöglichkeiten in den verschiedenen Verfahren sind in dem Entwurf beseitigt. Gegen die Entscheidungen der Bergbehörden ist allgemein der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Das wird damit begründet, daß es sich in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle um Fragen des öffentlichen Rechts handele und daß es unzweckmäßig sei, für die seltenen Fälle, in denen nur privatrechtliche Probleme zu erörtern seien, den ordentlichen Rechtsweg vorzuschreiben, da hierdurch nur Raum für unfruchtbare Kompetenzstreitigkeiten geschaffen werde[2].

In § 21 des Entwurfs sind die bisherigen Vorschriften über den sogen. Schlußtermin (vgl. §§ 28, 29 ABG) mit kleineren Änderungen übernommen. Während bisher ein besonderer Beschluß des Oberbergamtes über die Erteilung oder Versagung der Verleihung nur zu fassen ist, wenn Einsprüche oder Kollisionen mit den Rechten Dritter vorliegen oder aus anderen gesetzlichen Gründen den Anträgen des Muters nicht entsprochen werden kann (vgl. § 31 I ABG), soll nach § 22 I des Entwurfs das Oberbergamt in jedem Fall durch einen Be-

---

1) Von BROCKHOFF (ZfB 96, 221, 231) wird kritisiert, daß in § 20 des Entwurfs nicht gesagt sei, welcher Art dieser Anspruch sei und gegen wen er sich richte. Gemeint ist jedoch offensichtlich der gegen den durch das Oberbergamt vertretenen Staat gerichtete öffentlich-rechtliche Anspruch.

2) R. ISAY, Bundesberggesetz, S. 89.

schluß über die Verleihung entscheiden, bevor es die Verleihungsurkunde ausfertigt. Gegen den Beschluß des Oberbergamtes ist gem. § 121 des Entwurfs Beschwerde an das Bundesbergamt (vgl. §§ 117, 120 d.E.[1]) und gegen dessen Entscheidung gem. §§ 122, 123 des Entwurfs die Klage beim Bundesverwaltungsgericht gegeben[2].

Diese verfahrensrechtliche Regelung des Rechtsschutzes baut auf der vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960 bestehenden Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf[3], berücksichtigt also die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG und die nach dem zweiten Weltkrieg in den Ländern der Bundesrepublik allgemein eingeführte verwaltungsgerichtliche Generalklausel[4]. Die in

---

1) In §§ 117 - 120 d.E. ist vorgesehen, daß sämtliche Bergbehörden als Bundesbehörden eingerichtet werden. Kritisch hierzu BROCKHOFF (ZfB 96, 221, 247), der zutreffend auf die Schwierigkeiten hinweist, die sich für eine solche Regelung aus dem Grundgesetz ergeben (vgl. Art. 87 GG).

2) Nach § 121 I ist gegen Entscheidungen des Bergamtes die Beschwerde an das Oberbergamt, gegen Entscheidungen des Oberbergamtes die Beschwerde an das Bundesbergamt zulässig. Die Entscheidung des Bundesbergamtes kann gem. § 122 durch Klage im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden, für die nach § 123 I der beim Bundesverwaltungsgericht eingerichtete Bergsenat zuständig ist. Gem. § 123 II ist der Senat befugt, von der Verwaltungsbehörde festgestellte Tatsachen durch Beweiserhebung nachzuprüfen.
Der Entwurf von R. ISAY hält damit zunächst an der Regelung des § 191 ABG fest, wonach gegen Entscheidungen der Revierbeamten (Bergamt) der Rekurs an das Oberbergamt, gegen Entscheidungen des letzteren der Rekurs an den Handelsminister zulässig war. Diese Regelung wird dann mit Rücksicht auf Art. 19 IV GG durch die Klage vor dem Bundesverwaltungsgericht ergänzt (vgl. R. ISAY, Bundesberggesetz, S. 128 f.).

3) Vgl. dazu oben S. 58 ff.

4) Vgl. R. ISAY, Bundesberggesetz, S. 128 f.; BROCKHOFF, ZfB 96, 221, 247 f.

§ 123 des Entwurfs vorgesehene erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts konnte sich auf § 9 I f des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. Sept. 1952[1] und auf § 50 I 6 der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsordnung[2] stützen, die übereinstimmend vorsahen, daß das Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz auch "in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen" entscheiden konnte. Obgleich diese Regelung in die endgültige Fassung der Verwaltungsgerichtsordnung nicht ausdrücklich übernommen worden ist, kann jedoch durch Bundesgesetze, die zeitlich auf die VwGO folgen, dem Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung in erster und letzter Instanz auch heute noch übertragen werden[3]. Danach könnte der Vorschlag R. Isays, den Verwaltungsgerichtsweg auf eine einzige Instanz, das Bundesverwaltungsgericht, zu beschränken, auch heute unter der Geltung der VwGO noch realisiert werden.

Bestimmend für die Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Klage auf eine einzige Instanz war das Bestreben R. Isays, eine schnelle, sachkundige und für das ganze Bundesgebiet einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten. Nach dem zur Zeit der Erarbeitung des Entwurfs geltenden Recht endete der Beschwerdeweg beim Oberbergamt; dann folgte ein in zwei Instanzen gegliedertes Verwaltungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten der verschiedenen Länder. In dieser Verfahrensgestaltung, die sich auch mit dem Inkrafttreten der VwGO prinzipiell nicht geändert hat, sah R. Isay die Gefahr einer

---

1) BGBl. I, 625.

2) Vgl. Bundestags-Drucksachen Nr. 55, 3. Wahlperiode (1957).

3) KOEHLER § 50 Anm. II 1; EYERMANN-FRÖHLER § 50 Rdn. 2 a.E.

Zersplitterung der Verwaltungsübung und der langen Verzögerung wichtiger Entscheidungen. Da die Zahl bergrechtlicher Streitverfahren so gering sei, daß jedes Verwaltungsgericht bloß gelegentlich mit bergrechtlichen Fragen befaßt werde, würden die schwierigen und meist nicht nur für die Parteien, sondern auch für die Allgemeinheit wichtigen bergrechtlichen Probleme von Richtern entschieden, denen die Materie nicht geläufig sei[1].

Ist der Beschluß, durch den das Oberbergamt über die Erteilung oder Versagung der Verleihung entschieden hat (vgl. § 22 I d. E.), bindend geworden, weil er nicht fristgemäß durch Beschwerde und Verwaltungsklage (vgl. §§ 121, 122 d.E.) angefochten oder weil über diese Rechtsbehelfe bereits rechtskräftig entschieden worden ist, so ist er gem. § 22 II des Entwurfs im Bundesanzeiger und im Amtsblatt bekanntzumachen. Finder, Grundeigentümer, ältere Muter und Bergwerkseigentümer, die ein Vorrecht auf das Feld zu haben glauben und zum Schlußtermin (vgl. § 21 d. E.) nicht geladen waren, können gem. § 22 III des Entwurfs ihr Recht noch innerhalb von drei Monaten nach Ausgabe des Bundesanzeigers durch Einspruch beim Oberbergamt geltend machen. Wird der Einspruch zurückgewiesen, so hat der Einsprechende das Recht der Beschwerde und gegenüber dem Beschwerdebescheid des Bundesbergamtes die Verwaltungsklage (vgl. §§ 121, 122 d.E.). Wird dem Einspruch stattgegeben, so stehen diese Rechtsbehelfe dem Muter zu[2]. Mit diesem besonderen Einspruchsverfahren trifft der Entwurf von R. Isay eine Regelung, die mit dem Aufgebotsverfahren und der (allerdings zivilprozessualen) Widerspruchsklage des § 35 ABG vergleichbar ist.

---

1) R. ISAY, Bundesberggesetz, S. 129; zustimmend hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts BROCKHOFF, ZfB 96, 221, 248.

2) Vgl. R. ISAY, Bundesberggesetz, S. 90.

Erst nach Abschluß dieses Verfahrens, wenn also die Verleihung infolge Ablaufs der Einspruchsfrist oder rechtskräftiger Entscheidung über den Einspruch unangreifbar geworden ist, fertigt das Oberbergamt gem. § 23 des Entwurfs die Verleihungsurkunde aus, soweit die Entscheidung zugunsten des Muters ergangen ist.

III. Der Musterentwurf eines Landesberggesetzes

Unter dem Eindruck der Arbeiten von R. Isay, der schon vor der Veröffentlichung des Bundesberggesetzentwurfes die Diskussion über eine Reform und Vereinheitlichung des Bergrechts durch später veröffentlichte Vorträge[1] wieder belebt hatte[2], befaßten sich auch die Länder der Bundesrepublik intensiver mit der Frage der Neugestaltung des Bergrechts. Im Oktober 1952 erteilte der "Länderausschuß Bergbau" dem "Arbeitskreis zur Koordinierung der bergrechtlichen Vorschriften im Bundesgebiet" den Auftrag, die bergrechtlichen Vorschriften der Länder auf die Möglichkeit einer allgemeinen Vereinheitlichung zu überprüfen. Nachdem ein erster Entwurf durch eine "Gemischte Kommission" überarbeitet worden war, legte der Arbeitskreis im Oktober 1956 den endgültigen Musterentwurf eines Landesberggesetzes vor. Man ließ

---

1) R. ISAY: Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts (1952); Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts (1953).

2) Zur Diskussion über die Bergrechtsreform vgl. u.a. BOLDT, Die Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts (1954), Zum Problem der Vereinheitlichung des Deutschen Bergrechts (1954), Der Isaysche Entwurf eines Bundesberggesetzes und das Gewerkschaftsrecht (1955); BROCKHOFF, Der Entwurf eines Bundesberggesetzes von Prof. Dr. Rudolf Isay (1955); DAPPRICH, Umfang der Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Bergwesen (1953); KLAPPER, Kritische Bemerkungen zu den Beiträgen von Isay (1953).

sich dabei von der Vorstellung leiten, daß das Bergrecht auch weiterhin Landesrecht bleibe, aber in allen Ländern der Bundesrepublik übereinstimmende Berggesetze erlassen werden sollten[1].

Wie der Gesetzentwurf von R. Isay geht auch der Musterentwurf eines Landesberggesetzes vom Preußischen Allgemeinen Berggesetz aus, dessen Grundzüge übernommen werden[2]. Der Musterentwurf hält insbesondere aus Prinzip der Bergbaufreiheit fest. Nach § 1 des Musterentwurfs erstreckt sich das Recht des Eigentümers eines Grundstücks nicht auf volkswirtschaftlich bedeutsame Bodenschätze, die im einzelnen aufgezählt werden[3]. Das Schürfen dieser Bodenschätze ist gem. § 3 I des Musterentwurfs grundsätzlich jedermann gestattet[4]. Wer fündig geworden ist, kann einen Antrag auf Verleihung des Bergwerkseigentums stellen (vgl. §§ 11 - 21: Muten). Eine gültige Mutung begrün-

---

1) Vgl. Erläuterungen zum Musterentwurf eines Landesberggesetzes S. 2 f.; BOLDT, Glückauf 1965, 1117, 1128 f.

2) Erläuterungen zum Musterentwurf S. 5.

3) Das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung von Uran- und Thoriumerzen, seltenen Erden und Bitumen steht jedoch nach § 2 des Musterentwurfs allein dem Staat zu. Damit ist für diese Bodenschätze der echte Staatsvorbehalt eingeführt worden, d.h. der Staat ist unmittelbar, also ohne Verleihung, zur Aufsuchung und Gewinnung der betreffenden Bodenschätze berechtigt (vgl. Erläuterungen zum Musterentwurf S. 8). Gem. § 2 II hat der Staat hinsichtlich der dem echten Staatsvorbehalt unterliegenden Bodenschätze die rechtliche Stellung eines Bergwerkseigentümers.

4) Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen insoweit, als durch § 3 II des Musterentwurfs in Anlehnung an den unechten Staatsvorbehalt des § 2 ABG und in der Erkenntnis, daß der unechte Staatsvorbehalt de facto nur ein Schürfvorrecht des Staates ist, dem Staat hinsichtlich der Steinkohle, der Steinsalze, der Kali- und Magnesiumsalze und des Phosphors das ausschließliche Recht zum Schürfen eingeräumt wird (Schürfvorrecht des Staates = unechter Staatsvorbehalt). Das Bergwerkseigentum an den in § 3 II genannten Bodenschätzen kann nach § 31 I nur an den Staat verliehen werden, wobei die Verleihung durch den Wirtschaftsminister erfolgt.

det gem. § 22 des Musterentwurfs den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Felde.

Das Verleihungsverfahren ist gegenüber der Regelung des ABG stark vereinfacht und vor allem zeitlich zusammengedrängt worden. Selbst gegenüber dem Isayschen Entwurf ist es noch verkürzt. Nach dem Musterentwurf soll nicht mehr der nach §§ 28, 29 ABG vorgeschriebene Schlußtermin abgehalten werden und die öffentliche Bekanntmachung der Verleihung nicht erst im Zusammenhang mit der Zustellung der Verleihungsurkunde erfolgen (vgl. § 35 ABG), sondern es muß schon die beabsichtigte Verleihung den an dem Verfahren Interessierten[1] mitgeteilt und öffentlich bekanntgemacht werden[2], und zwar mit dem Hinweis, daß der Feldesriß bei dem Bergamt zur Einsicht offen liege, und mit der Aufforderung, etwaige Einwendungen gegen die beabsichtigte Verleihung innerhalb einer Ausschlußfrist von einem Monat bei dem Oberbergamt geltend zu machen (vgl. § 25 des Musterentwurfs). Das Aufgebotsverfahren des § 35 ABG ist also vorgezogen. Diese Vorverlegung des Aufgebotsverfahrens erschien dem Arbeitskreis als zweckmäßig, um die etwa von einem Dritten zu erhebenden Klagen im Verwaltungsstreitverfahren schon vor der Verleihung zum Austrag bringen zu lassen[3].

---

1) Das sind nach § 25 I des Musterentwurfs die konkurrierenden Muter, die Eigentümer der durch das Feld ganz oder teilweise überdeckten und die Eigentümer der benachbarten Bergwerksfelder.

2) Wegen der Bedeutung der Angelegenheit ist nach § 25 II des Musterentwurfs die entsprechende Bekanntmachung nicht nur in dem dazu bestimmten Regierungsblatt (Amtsblatt) zu veröffentlichen, sondern auch in einer öffentlichen Tageszeitung.

3) Vgl. die Erläuterungen zum Musterentwurf, zu § 25 = S. 18.

Wenn Einwendungen innerhalb der Ausschlußfrist nicht erhoben werden und der Verleihung auch sonst keine Hindernisse entgegenstehen, fertigt das Oberbergamt die Verleihungsurkunde aus (§ 26 I des Musterentwurfs). Werden dagegen Einwendungen erhoben, so entscheidet darüber das Oberbergamt. Werden die Einwendungen als berechtigt anerkannt, so wird gleichzeitig die Verleihung ganz oder teilweise versagt; werden die Einwendungen zurückgewiesen, fertigt das Oberbergamt die Verleihungsurkunde aus, sobald seine Entscheidung unanfechtbar ist (vgl. § 26 II des Musterentwurfs)[1]. Mit der Zustellung oder Aushändigung der Verleihungsurkunde an den Muter wird dann - wie § 28 des Musterentwurfs klarstellt - die Verleihung rechtswirksam.

Der mit seinem Verleihungsantrag abgewiesene Muter und betroffene Dritte, die mit ihren Einwendungen zurückgewiesen worden sind, können die Entscheidung des Oberbergamtes mit den verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen anfechten. § 136 des Musterentwurfs weist ausdrücklich auf die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges hin. In dieser Vorschrift, die an die Stelle des den Rekurs behandelnden § 191 ABG treten soll[2], ist klargestellt, daß für die Anfechtung von Verwaltungsakten der Bergbehörden die Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten[3].

Vorschriften, die dem § 23 ABG (Verleihungsklage) und dem § 31 II ABG (Einspruchsklage) entsprechen würden, sind in den Musterentwurf nicht übernommen

1) Damit ist klargestellt, daß die Verleihungsurkunde erst ausgefertigt wird, nachdem die Verwaltungsgerichte die Entscheidung des Oberbergamtes bestätigt haben. Vgl. die Erläuterungen zum Musterentwurf, zu § 26 = S. 18 f.

2) Vgl. die Erläuterungen zum Musterentwurf, zu § 136 = S. 63.

3) Die Fassung des § 136 ist in ihren Einzelheiten heute nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960 überholt.

worden. Das ist damit begründet worden, daß nach neuem Recht eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen das Oberbergamt nicht mehr ausgeschlossen sei und daß es im übrigen selbstverständlich sei und im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt zu werden brauche, daß daneben der ordentliche Rechtsweg gegen Dritte offenstehe, welche bessere Rechte zu haben behaupten[1].

IV. Der Entwurf eines Bundesberggesetzes

Im Jahre 1957 schaltete sich der Bund in die Bestrebungen um eine Reform und Vereinheitlichung des Bergrechts unmittelbar ein. Im Juli 1957 richtete der Bundesminister für Wirtschaft an die Länder die Bitte, "sich grundsätzlich mit der Ausarbeitung eines Bundesberggesetzes einverstanden zu erklären und die bisher mit der Ausarbeitung des Musterentwurfs vertrauten Vertreter auch für die Vorbereitung für ein Bundesberggesetz zur Verfügung zu stellen". Dementsprechend ist der Musterentwurf eines Landesberggesetzes von den Ländervertretern in den Entwurf eines Bundesberggesetzes umgearbeitet worden. Die Arbeiten an diesem Entwurf eines Bundesberggesetzes sind im Oktober 1958 abgeschlossen worden[2].

Auch der Bundesberggesetzentwurf baut auf dem Prinzip der Bergbaufreiheit auf. In § 1 des Bundesberggesetzentwurfs ist bestimmt, daß das Eigentum an einem

---

1) Vgl. die Erläuterungen zum Musterentwurf, zu § 22 = S. 17.

2) Vgl. BOLDT, Glückauf 1965, 1117, 1129. Neuerdings (1962) hat der Bundeswirtschaftsminister den zuständigen Sachbearbeiter mit der Ausarbeitung des Entwurfs eines Bundesberggesetzes beauftragt. Die Arbeiten zu dem Entwurf, der dem Vernehmen nach auf dem Konzessionsprinzip aufbauen soll, sind jedoch noch nicht abgeschlossen.

Grundstück sich nicht auf die im einzelnen aufgezählten, in natürlicher Ablagerung vorkommenden Bodenschätze erstreckt. § 1 a des Entwurfs stellt dann klar, daß bergbaufreie Bodenschätze im Sinne des Gesetzes die in § 1 genannten Bodenschätze seien, soweit sie nicht dem Staatsvorbehalt (§ 2 I) oder dem Schürfvorrecht (§ 3 II) unterlägen[1]. Das Schürfen der bergbaufreien Bodenschätze ist nach § 3 I des Bundesberggesetzentwurfs jedermann gestattet. Die Vorschriften über das Muten entsprechen denen des Musterentwurfs eines Landesberggesetzes. Nach § 22 des Bundesberggesetzentwurfs begründet eine rechtswirksame Mutung den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Felde.

Das Verleihungsverfahren entspricht der im Musterentwurf eines Landesberggesetzes getroffenen Regelung. Das heute in § 35 ABG vorgesehene Aufgebotsverfahren ist also auch nach den Vorschriften des Bundesberggesetzentwurfs vorgezogen. Gem. § 25 des Bundesberggesetzentwurfs ist der Inhalt der Mutung vor der Verleihung den an der Verleihung interessierten Dritten mitzuteilen und öffentlich bekanntzumachen. Erst nach Erledigung der innerhalb einer Ausschlußfrist von einem Monat zu erhebenden Einwendungen fertigt das Oberbergamt die Verleihungsurkunde aus (vgl. § 26). Mit deren Zustellung oder Aushändigung an den Muter entsteht dann das Bergwerkseigentum (vgl. § 28).

---

1) Entsprechend der Regelung des Musterentwurfs eines Landesberggesetzes ist in § 2 des Bundesberggesetzentwurfs das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung von Uran- und Thoriumerzen, seltenen Erden, Graphit und Bitumen den Ländern vorbehalten worden, denen insoweit die Stellung von Bergwerkseigentümern eingeräumt wird (echter Staatsvorbehalt). Auf die in § 3 II genannten Bodenschätze (Steinkohle, Steinsalze usw.) haben nur die Länder das Recht zum Schürfen (unechter Staatsvorbehalt).

Während sich in dem Musterentwurf eines Landesberggesetzes in § 136 noch eine Vorschrift findet, die darauf hinweist, daß für die Anfechtung von Verwaltungsakten der Bergbehörden die Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten, ist eine derartige Vorschrift in den Bundesberggesetzentwurf nicht mehr übernommen worden, da sich ihr Inhalt von selbst versteht. Alle im Verleihungsverfahren ergehende Verwaltungsakte sind mit den Rechtsbehelfen der Verwaltungsgerichtsordnung angreifbar. Der ganz oder teilweise abgewiesene Muter und betroffene Dritte können also gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes Widerspruch einlegen (vgl. §§ 68 ff. VwGO) und nach Abschluß des Widerspruchsverfahrens die verwaltungsgerichtliche Klage gegen das Oberbergamt erheben (vgl. § 42 und §§ 74 ff. VwGO).

V. Eigene Stellungnahme

Nach dem heutigen Stand der Diskussion über die Bergrechtsreform ist noch nicht entschieden, ob ein künftiges bundeseinheitliches Berggesetz an dem das ABG beherrschenden Prinzip der Bergbaufreiheit festhalten und auch in der Gestaltung des Berechtsame-Wesens von der Regelung des ABG ausgehen wird, oder ob ein neues Berggesetz zu dem Konzessionssystem übergehen wird. Vorschläge für eine Neugestaltung des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren, die sich aus dieser Arbeit ergeben, können sich notwendig nur auf ein solches Berggesetz beziehen, das das Prinzip der Bergbaufreiheit und das nach der Systematik des ABG damit verbundenen Institut des Bergwerkseigentums als Form der Abbauberechtigung jedenfalls im grundsätzlichen übernimmt. Da der Rechtsschutz im Verleihungsverfahren und die Ausgestaltung des Verleihungsverfahrens selbst in Wechselwirkung zueinander stehen, sind Vorschläge für eine Reform des Rechtsschutzes nur dann sinnvoll, wenn sie gleichzeitig

auch den Aufbau des Verleihungsverfahrens einbeziehen. Eine praktikable Lösung der Problematik des Rechtsschutzes bei der Verleihung des Bergwerkseigentums kann nur erreicht werden, wenn schon das Verleihungsverfahren einfach und übersichtlich gestaltet wird. Ziel einer Reform des Rechtsschutzes im Verleihungsverfahren muß es sein, auf möglichst einfachem Wege möglichst schnell unanfechtbares und damit kreditfähiges Bergwerkseigentum als Grundlage eines wirtschaftlichen Unternehmens zu schaffen. Dieses Ziel ist bereits mit der im ABG getroffenen Regelung des Verleihungsverfahrens und durch die mit ihr verbundenen Ausgestaltung des Rechtsschutzes angestrebt worden[1], nach heutigem Recht jedoch insbesondere infolge der Zweigleisigkeit der Rechtsbehelfe (Konkurrenz von Zivil- und Verwaltungsrechtsweg) weit entfernt.

Jedes neue Berggesetz, das am überkommenen Prinzip der Bergbaufreiheit festhält, das also jedermann gestattet, nach den vom Verfügungsrecht des Grundeigentümers ausgeschlossenen bergbaufreien Bodenschätzen zu schürfen, und ihm, wenn er fündig wird, einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums für das gefundene Mineral einräumt, wird die Regelung des Verleihungsverfahrens mit der grundlegenden Bestimmung über den öffentlich-rechtlichen Verleihungsanspruch des Muters einleiten. Dementsprechend findet sich in allen erwähnten Berggesetzentwürfen zu Beginn der Vorschriften über das Verleihungswesen eine inhaltlich völlig übereinstimmende Bestimmung, in der der Verleihungsanspruch kodifiziert ist. Da-

1) Vgl. Motive des Regierungsentwurfs zu §§ 30 - 32 und zu §§ 35, 36 ABG, ZfB 6, 115 ff. und bei HAHN S. 109 u. 112 ff.

nach begründet eine rechtswirksame Mutung[1] den Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums in dem begehrten Felde. Welche Formulierung hier im einzelnen gewählt wird, ist eine überwiegend redaktionelle Frage, die in diesem Zusammenhang nicht entschieden zu werden braucht. Bedeutungsvoller sind die weiteren Vorschriften, die die Ausgestaltung des Verleihungsverfahrens zu regeln haben.

In den vorliegenden Berggesetzentwürfen sind die Wege, die zu einer Vereinfachung und Verkürzung des Verleihungsverfahrens des ABG führen können, bereits vorgezeichnet. Der Entwurf von Isay strafft das Verleihungsverfahren dadurch, daß er die Vorschriften des ABG über die Verleihung mit oder ohne Beschluß (vgl. §§ 30, 31 I ABG) nicht übernommen hat, sondern bestimmt, daß das Oberbergamt nach Abhaltung des in § 21 des Entwurfs vorgesehenen Schlußtermins in jedem Fall durch Beschluß über die Erteilung oder Versagung entscheidet (vgl. § 22 des Entwurfs). Wenn der Vorschlag von Isay dann jedoch in Anlehnung an das in § 35 ABG vorgesehene Aufgebotsverfahren vorsieht, daß der Beschluß des Oberbergamtes, der auf dem Verwaltungsrechtsweg angefochten werden kann, nach Rechtskraft öffentlich bekannt zu machen ist und daß bevorrechtigte Muter, die nicht zum Schlußtermin geladen waren, ihre Rechte dann noch innerhalb von drei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung beim Oberbergamt geltend machen können (vgl. § 22 des Entwurfs), so erscheint dieses Verfahren als zeitraubend und unzweckmäßig. Es ist nicht einzusehen, warum ein entsprechendes Aufgebotsverfahren dem Verleihungsbeschluß des Oberbergamtes erst nach-

---

1) So die Formulierung des Entwurfs zu einem Bundesberggesetz. Dagegen spricht der Musterentwurf eines Landesberggesetzes von einer "gültigen Mutung", während der Entwurf von ISAY an dem Wortlaut des § 22 ABG festhält, wonach "die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung" den Verleihungsanspruch begründet.

geschaltet werden soll. Auch in den Erläuterungen zu dem Isayschen Entwurf findet sich keine Begründung für diese komplizierte Gestaltung des Verleihungsverfahrens. Wenn man einen straffen Aufbau des Verleihungsverfahrens anstrebt, liegt es viel näher, ein Aufgebotsverfahren vorzusehen, das Dritte, die durch die Verleihung des Bergwerkseigentums betroffen werden können, zwingt, ihre Rechte schon vor der Entscheidung des Oberbergamtes über die Verleihung geltend zu machen. Damit würde die zweimalige Anfechtungsmöglichkeit, die nach dem Isayschen Entwurf innerhalb des Verleihungsverfahrens besteht, auf eine Anfechtungsmöglichkeit reduziert, ohne daß dadurch die Rechtsstellung des Muters oder betroffener Dritter notwendig verschlechtert würde. Eine derartige Gestaltung des Verleihungsverfahrens wird auch bereits in dem Musterentwurf eines Landesberggesetzes und in dem daraus hervorgegangenen Entwurf eines Bundesberggesetzes vorgeschlagen. Den Entwürfen ist insoweit grundsätzlich zuzustimmen.

In Anlehnung an das in §§ 25, 26 und 28 des Musterentwurfes eines Landesberggesetzes und des Bundesberggesetz-Entwurfes vorgesehene Verfahren wird eine zweckmäßige Regelung des Verleihungsverfahrens in einem neuen Berggesetz etwa wie folgt aufzubauen sein:

Nach Eingang des Verleihungsantrages hat das Oberbergamt den wesentlichen Inhalt der Mutung mit der Lage des Fundpunktes, der Lage und Größe des begehrten Feldes den konkurrierenden Mutern, den Eigentümern der durch das begehrte Feld ganz oder teilweise überdeckten und der benachbarten Bergwerksfelder schriftlich mit dem Hinweis mitzuteilen, daß der Feldesriß beim Bergamt zur Einsicht offenliegt. Die Mitteilung hat die Aufforderung zu enthalten, Einwendungen gegen die beantragte Verleihung innerhalb einer Ausschlußfrist von einem Monat geltend zu machen. Dabei

ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß Rechte, die nicht angemeldet werden, mit dem Ablauf der Ausschlußfrist erlöschen. Außerdem hat das Oberbergamt eine entsprechende Mitteilung im Amtsblatt und in einer örtlichen Tageszeitung zu veröffentlichen. Nach Ablauf dieser Frist entscheidet das Oberbergamt unter Berücksichtigung der erhobenen Einwendungen über die Erteilung oder Versagung der Verleihung. Die gesetzliche Einrichtung eines Schlußtermins erscheint als entbehrlich. Das schließt nicht aus, daß das Oberbergamt vor der Entscheidung über die Mutung einen Erörterungstermin anberaumt, wenn er als sachdienlich erscheint. Die Entscheidung des Oberbergamtes ist dem Muter und den beteiligten Dritten zuzustellen. Hat das Oberbergamt der Mutung stattgegeben, so fertigt es die Verleihungsurkunde aus, sobald seine Entscheidung unanfechtbar geworden ist. Mit der Zustellung oder Aushändigung der Verleihungsurkunde entsteht das Bergwerkseigentum[1].

---

1) Die in diesem Vorschlag zum Aufbau des Verleihungsverfahrens vorgesehene Vorverlegung des Aufgebotsverfahrens ist kein Novum im Verwaltungsverfahrensrecht. Sie findet sich insbes. in Planfeststellungsverfahren. So bestimmte z.B. § 7 PrFluchtLG vom 2. Juli 1875 u.a., daß der Plan zu jedermanns Einsicht offen zu legen ist und daß Einwendungen gegen den Plan innerhalb einer bestimmt zu bezeichnenden präklusivischen Frist von mindestens vier Wochen anzubringen sind. Neuerdings werden auch in neueren Gesetzen mit Planfeststellungsverfahren die Fristen, die zur Anbringung von Einwendungen in einem der Feststellung des Planes vorausgehenden Planoffenlegungsverfahren vorgesehen sind (vgl. z.B. § 18 II, III BFStrG; § 10 II, III LuftVG; § 40 II, III nwStrG; § 30 III, IV PBefG), als Ausschlußfristen gedeutet mit der Folge, daß das Recht zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nur demjenigen offensteht, der innerhalb der Frist Einwendungen erhoben hat (vgl. FROMM, VerwArch. 56, 26, 49 f.). So hat der Hess. VGH (Urt. v. 17.1.1962 = DÖV 1962, 436) entschieden, daß Einwendungen, die der Kläger im Planfeststellungsverfahren nach § 18 BFStrG hätte vorbringen können, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in dem über die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses entschieden werden soll, nicht

Besondere Vorschriften über den Rechtsschutz im Verleihungsverfahren brauchen in ein neues Berggesetz nicht aufgenommen zu werden. Die Möglichkeiten des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ergeben sich unmittelbar aus der Verwaltungsgerichtsordnung, die in § 40 am Prinzip der Generalklausel festhält, wonach grundsätzlich alle Verwaltungsakte durch Klage beim Verwaltungsgericht angefochten werden können. Der ganz oder teilweise abgewiesene Muter und beteiligte Dritte, die mit ihren Einwendungen durch den Verleihungsbeschluß zurückgewiesen worden sind, können also die Entscheidung des Oberbergamtes über die Verleihung des Bergwerkseigentums mit den ordentlichen Rechtsbehelfen der Verwaltungsgerichtsordnung anfechten; sie können innerhalb eines Monats nach Zustellung der Entscheidung Widerspruch beim Oberbergamt einlegen (vgl. §§ 68 ff. VwGO) und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen das Oberbergamt erheben (vgl. §§ 42, 74 ff. VwGO)[1].

---

mehr geltend gemacht werden können. A.A. SIEHR, DÖV 1964, 728 f., und im Ergebnis wohl auch MARSCHALL, Bundesfernstraßengesetz, § 18 Rdn. 2 = S. 527.

1) Den von R. ISAY gemachten Vorschlag, den Verwaltungsrechtsweg auf eine Instanz, das Bundesverwaltungsgericht, zu beschränken (vgl. dazu oben S.223f.), erweckt erhebliche Bedenken. Ihm kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil es dem Bundesverwaltungsgericht wegen zu großer räumlicher Distanz und mangelnder Ortskenntnis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich sein würde, etwa noch erforderliches Tatsachenmaterial zusammenzutragen (vgl. zu diesem Argument auch ISAY § 23 Rdn. 7 und OVG Mstr., DÖV 1953, 91 Nr. 42). Die Erfahrung zeigt, daß die Tatsachen entgegen der Auffassung von R. ISAY im Verfahren vor den Bergbehörden durchaus nicht immer in zureichendem Maße festgestellt werden, wobei zudem zu berücksichtigen ist, daß die Bergbehörden Partei sind. Das Bedenken R. ISAYS, wegen der geringen Anzahl bergrechtlicher Fälle würde es bei den Landesverwaltungsgerichten an Richtern fehlen, die mit der Materie vertraut

Wegen des umfassenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, der heute nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel im Gegensatz zu der Zeit der Entstehung des ABG gegeben ist[1], besteht kein Bedürfnis, in einem neuen Berggesetz den Zivilrechtsweg gegen die Entscheidungen des Oberbergamtes über die Rechtmäßigkeit der Verleihung des Bergwerkseigentums oder deren Versagung zu eröffnen. Vorschriften, die inhaltlich den §§ 23, 31 II und 35 II ABG entsprechen würden, sind demgemäß in den Vorschlag für die Regelung des Verleihungsverfahrens nicht aufgenommen worden. Die unbefriedigende Zweigleisigkeit der Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen im Verleihungsverfahren ist damit beseitigt. Wenn demgegenüber in den Erläuterungen zum Musterentwurf eines Landesberggesetzes ausgeführt wird, es sei selbstverständlich und brauche daher im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt zu werden, daß neben der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen das Oberbergamt der ordentliche Rechtsweg gegen Dritte gegeben sei, die bessere Rechte zu haben behaupten[2], so ist das irreführend. Solange eine dem § 35 IV ABG entsprechende Vorschrift, wonach das Oberbergamt an das zwischen dem Muter und dem Dritten ergehende Urteil gebunden ist, in ein neues Berggesetz nicht übernommen ist, können die Verleihung des Bergwerkseigentums und die Versagung der Verleihung auf dem Zivilrechtsweg auch mittelbar nicht angefochten werden. Ein zivilgericht-Rechtsschutz ist nur insoweit gegeben, als das privatrechtliche Anwartschaftsrecht des Muters auf das

---

seien, wiegt demgegenüber gering, zumal sich zumindest beim zuständigen OVG ein "Bergrechtssenat" herausbilden wird. - Kritisch auch BOLDT, Glückauf 1954, 1581, 1588.

1) Vgl. dazu oben S. 30 ff. und S. 47 f.

2) Vgl. die Erläuterungen zu § 22 = S. 17.

Bergwerkseigentum bereits gegen Beeinträchtigungen durch Dritte geschützt ist[1]. So wird man z.B. dem Muter einem benachbarten Bergwerkseigentümer gegenüber, der - ohne dazu berechtigt zu sein - mit seinen Abbaumaßnahmen in das gemutete Feld übergreift, in analoger Anwendung des § 1004 BGB einen Anspruch auf Unterlassung des Abbaus zubilligen müssen, der vor den Zivilgerichten durchzusetzen ist[2].

---

1) Zum Drittschutz der Anwartschaftsrechte vgl. insbes. RAISER, Dingliche Anwartschaften, S. 40 ff.
Zum Rechtsschutz des Anwartschaftsrechts aus der Mutung siehe ISAY § 15 Rdn. 32.

2) Zum Unterlassungsanspruch des Bergwerkseigentümers aus § 50 III ABG i. Vbdg. m. § 1004 BGB vgl. MIESBACH-ENGELHARDT § 50 ABG Rdn. 1 f; ISAY § 50 Rdn. 21 = S. 414 f.; KLOSTERMANN-FÜRST-THIELMANN § 50 Anm. 3; WESTHOFF-SCHLÜTER-HENSE § 54 Anm. 1; RG, Urt. v. 20.12.1924 = ZfB 66, 408, 419 f.; RG, Urt. v. 18.6.1932 = RGZ 137, 140.
Zur Frage, ob auch Anwartschaftsberechtigten bereits der Störungsanspruch aus § 1004 BGB zugebilligt werden kann, vgl. RAISER, Dingl. Anwartschaften, S. 40 ff. u. 75 ff.

Lebenslauf

Am 3. Januar 1932 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Josef Fornelli und seiner Ehefrau Gerta, geb. Wilimzig, in Bochum geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung legte ich am 14. März 1952 an der Graf-Engelbert-Schule (Neusprachliches und mathematisch-naturwissenschaftliches Gymnasium) in Bochum ab. Anschließend studierte ich in München und Münster Rechtswissenschaft.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 14. Dezember 1957. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst in Bochum, Berlin und Münster legte ich am 15. Oktober 1962 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Juli 1963 arbeite ich als Assistent am Institut für Berg- und Energierecht der Universität Münster. Zunächst verwaltete ich die Stelle eines planmäßigen Assistenten; mit Wirkung vom 1. Januar 1966 wurde ich zum wissenschaftlichen Assistenten ernannt.